CURSO DE PROCESSO CIVIL V. 3

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART

EXECUÇÃO

2.ª edição revista e atualizada

O grande sucesso justifica a nova edição desta obra, revista e atualizada em comparação com a edição anterior. Seguindo a sistemática do *Curso de Processo Civil*, traz esclarecimentos sobre os institutos ligados à execução, sem deixar de vinculá-los à teoria geral do processo.

O diferencial do volume 3 do *Curso* em relação a outros livros similares está no igual destaque dado a todas as formas de execução. E, tendo em vista que a primeira edição veio a lume depois das alterações impostas à execução pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, sua estrutura original não foi mutilada em função dessas alterações.

O estudante se beneficiará enormemente da leitura, que lhe proporcionará o aprofundamento desejado para a compreensão do processo em seu conjunto, e não como mera coleção de regras. O profissional do Direito, por sua vez, terá em mãos um excelente referencial para consulta.

ISBN 978-85-203-3173-6
9 788520 331736

EDITORA RT REVISTA DOS TRIBUNAIS

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART

EXECUÇÃO

CURSO DE PROCESSO CIVIL
V. 3

CURSO DE PROCESSO CIVIL V. 3

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART

EXECUÇÃO

2.ª edição revista e atualizada

Teoria Geral da Execução
Liquidação de Sentença
Execução de Sentença
Execução da Decisão Provisória
Execução contra a Fazenda Pública
Execução de Alimentos
Execução de Título Extrajudicial

EDITORA RT REVISTA DOS TRIBUNAIS

CURSO DE PROCESSO CIVIL

Volume 1

LUIZ GUILHERME MARINONI
Teoria Geral do Processo
2. ed. rev. e atual., 2007

Volume 2

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
Processo de Conhecimento
7. ed. rev. e atual., 2008

Volume 3

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
Execução
2. ed. rev. e atual., 2008
2.ª tiragem, 2008

Volume 4

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
Processo Cautelar
2008

Vide obras dos autores na p. 499.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marinoni, Luiz Guilherme
Curso de processo civil, volume 3 : execução / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 2. ed. rev. e atual. 2. tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3041-8 (obra completa)
ISBN 978-85-203-3173-6

1. Execuções (Direito) 2. Processo civil I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Título.

08-00145 CDU-347.952

Índices para catálogo sistemático: 1. Execução : Processo civil 347.952 2. Processo de execução : Direito civil 347.952

CURSO DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART

EXECUÇÃO

Teoria Geral da Execução
Liquidação de Sentença
Execução de Sentença
Execução da Decisão Provisória
Execução contra a Fazenda Pública
Execução de Alimentos
Execução de Título Extrajudicial

2.ª edição revista e atualizada
2.ª tiragem

CURSO DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

EXECUÇÃO

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART

2.ª edição revista e atualizada
2.ª tiragem

1.ª tiragem: 02.2007.

0090

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite o nosso *site*: www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT: Tel. 0800-702-2433
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 • Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

Impresso no Brasil [09 - 2008]

Universitário [Texto]

Atualizado até [12 - 2007]

ISBN 978-85-203-3041-8 – obra completa
ISBN 978-85-203-3173-6 – volume 3

Aos meus filhos,
CAÍQUE *e* ETTORE.

LUIZ GUILHERME MARINONI

Para MARINA *e* LUIZA,
minhas vidas.

SÉRGIO CRUZ ARENHART

APRESENTAÇÃO À 1.ª EDIÇÃO

O terceiro volume do *Curso*, dedicado à execução, dá seqüência ao estudo do direito processual civil, revelando o natural prosseguimento da análise da matéria. A execução é analisada à luz da Teoria Geral do Processo – desenvolvida no primeiro volume – e como algo que evidentemente exige a prévia compreensão dos institutos e do procedimento de conhecimento, estudados no segundo volume do *Curso*.

Este livro não prescinde das premissas firmadas no primeiro volume, quando a jurisdição, a ação, a defesa e o processo foram abordados na perspectiva do Estado Constitucional. A teoria das tutelas jurisdicionais dos direitos, que marca este *Curso de Processo Civil*, inicialmente demonstrada no volume dedicado à Teoria Geral do Processo e depois caracterizando a abordagem do procedimento de conhecimento, logicamente também influi sobre a análise desenvolvida neste volume. Na linha desta teoria, a execução é necessária, na medida em que o processo de conhecimento é insuficiente para prestar a tutela jurisdicional do direito, almejada pela ação e devida pela jurisdição ao autor que demonstrou ter razão.

As reformas dos últimos anos geraram novos sistemas executivos. A presente obra foi escrita com a consciência do significado teórico das novas regras relativas à execução, não constituindo simples tentativa de descrição destas normas ou mera acomodação de tais normas em uma teoria antiga. *Isto foi possível especialmente pela circunstância deste livro ter sido inaugurado após a definição normativa da nova execução, deixando os seus autores muito longe do perigo de falar sobre o novo no quadro do velho, ou de simplesmente atualizar uma elaboração teórica considerando novas regras processuais que, não raramente, colidem com os seus fundamentos.*

Procurou-se dar estrutura inovadora ao tratamento da execução, justamente no intuito de refletir o novo paradigma em que se insere o regime construído pelas últimas reformas do CPC. Assim, o livro partiu das novas premissas da execução reformada, sem se prender à abordagem tradicional da matéria.

O livro trata das execuções de títulos judiciais e extrajudiciais. Porém, é errado esquecer que a sentença, como título executivo, tem valor diverso daquele que é característico dos títulos executivos extrajudiciais. Por isto, o volume dedica grande atenção ao estudo da execução das diversas sentenças, tratando das formas de execução capazes de viabilizar a obtenção das várias tutelas dos direitos. Além disto, o livro não se rende à comum e velha metodologia que dá ênfase excessiva à execução da tutela pecuniária, uma vez que a execução, na sociedade contemporânea, muito mais do que viabilizar o pagamento de dinheiro, deve permitir a tutela específica das

diferentes situações de direito material, especialmente daquelas de conteúdo não patrimonial, características dos chamados "novos direitos".

Espera-se que este livro provoque nos estudiosos o mesmo entusiasmo gerado pelos volumes dedicados à teoria geral do processo e ao processo de conhecimento.

Luiz Guilherme Marinoni
Sérgio Cruz Arenhart

SUMÁRIO

PARTE V

A SENTENÇA QUE RECONHECE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA

PARTE VI

EXECUÇÃO DA DECISÃO PROVISÓRIA

PARTE VII

EXECUÇÕES ESPECIAIS

Parte VIII
A EXECUÇÃO DOS DEMAIS TÍTULOS JUDICIAIS

Parte IX
EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS

PARTE I

TEORIA GERAL DA EXECUÇÃO

1

Execução e Sentença Condenatória

1.1 A sentença satisfativa e a sentença dependente de execução

O juiz, ao resolver o litígio, nem sempre presta a tutela do direito material. O autor, mesmo no caso de sentença favorável, pode não obter a tutela do direito. Isto acontece quando a sentença não é suficiente para prestar a tutela do direito ou não é capaz de satisfazer o desejo de tutela do autor.

Tal ocorre no caso em que a sentença necessita ser implementada para que o autor seja satisfeito. Quando a tutela do direito, para ser prestada, precisa do concurso da vontade do demandado ou mesmo de atos materiais que podem ser praticados por auxiliares do juízo ou por terceiros, a sentença não é satisfativa, dependendo da técnica executiva.

Como está claro, a sentença é uma técnica processual que não se confunde com a tutela do direito, tanto é que pode não ser suficiente para prestá-la, dependendo da conjugação de outra técnica processual, a tutela executiva.

Determinadas formas de tutela, como as tutelas declaratória e constitutiva, são satisfeitas apenas com a prolação da sentença. Afirma-se que as sentenças declaratória e constitutiva são satisfativas, mas é preciso observar que tal satisfatividade decorre do fato de prestarem tutelas que não reclamam nada além da sentença, dispensando as formas executivas.

Essa diferença, ainda que elaborada unicamente entre as sentenças, e não a partir das tutelas dos direitos, já era feita no direito italiano da metade do século XX. Mandrioli, em célebre trabalho publicado em 1955, advertiu que nas sentenças declaratórias e nas sentenças constitutivas a tutela jurisdicional se exaure frutuosamente, ao passo que na sentença de condenação se exaure apenas uma fase da tutela jurisdicional.[1]

Quer tudo isto significar que o processo, após a prolação da sentença, só caminha adiante quando a tutela do direito não foi integralmente prestada, dependendo de meios de execução. Nesse caso, a sentença não é bastante ou suficiente para a prestação da tutela do direito material.

No processo civil marcado pelos valores do Estado liberal – o processo chiovendiano –, a única modalidade de sentença dependente da execução era a sentença condenatória, moldada pela doutrina para atender as necessidades de tutela dos direitos daquela época.

1.2 A impossibilidade de execução no curso do procedimento. A regra da *nulla executio sine titulo*

A teoria do processo civil de marca chiovendiana, isto é, do processo italiano construído no começo do século passado, caracteriza-se pela regra da *nulla executio sine titulo*, que expressa a impossibilidade de execução sem título.

O título executivo judicial por excelência, a sentença condenatória, qualificava-se a partir de certos elementos, em especial da existência do direito nele corporificado. A lógica era simples, supondo-se que, para a invasão coercitiva da esfera jurídica do réu, a jurisdição deveria estar amparada na "existência de um direito", o qual dependeria apenas de mecanismos executivos para a sua realização. Vale dizer que a tutela jurisdicional do direito apenas poderia ser prestada quando o direito fosse reconhecido como existente, após a sua adequada discussão no processo de conhecimento.

Por detrás desta regra técnico-jurídico-processual escondiam-se, como não poderia deixar de ser, os valores do Estado da época. A regra da *nulla executio sine titulo*, quando complementada a partir da relação do titulo executivo com a existência do direito,[2] revela a preocupação em não se permitir que a execução se

[1] "Nelle sentenze di mero accertamento e nelle sentenze costitutive la tutela giurisdizionale si esaurisce fruttuosamente, mentre nella sentenza di condanna si esaurisce soltanto una fase di quella tutela" (Crisanto Mandrioli, *L'azione esecutiva*, 310). Ver, ainda, Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, p. 231 e ss.

[2] O princípio da *nulla executio sine titulo*, além de ter objetivado demonstrar que a execução não poderia ser realizada sem título, quis também deixar claro que esse deveria conter em si um direito declarado, sem deixar margem para qualquer situação de incerteza. É o que se extrai, por exemplo, da doutrina de Carlo Furno: "A impossibilidade de recorrer diretamente à via executiva e a necessidade conseqüente de obter um título executivo judicial através de um processo de conhecimento se explicam facilmente pela existência de uma situação jurídica substancial caracterizada pelo elemento de incerteza. Com base neste segundo pressuposto, dada a necessidade de se eliminar a incerteza sobre a situação jurídica substancial, a ação não pode ser exercida senão em via declaratória, a fim de que o antecedente lógico-jurídico da execução, que é a aptidão da ação para ser exercida *in executivis*, encontre sua base na declaração e sua realização na criação do título que condiciona a instauração da via executiva" (*Teoría de la prueba legal*, p. 190).

desse com base em convicção de verossimilhança ou sem que fosse encontrada a chamada "certeza jurídica".

A legitimidade da jurisdição – da sentença e da execução – era dependente da idéia de que o juiz poderia encontrar a "verdade", quando então o resultado do processo e a sua imposição forçada não poderiam ser questionados, e, assim, admitidos como "justos". Eis a primeira dificuldade em se admitir execução com base em convicção de verossimilhança.

Demais, em razão da influência das filosofias liberais do século XIX, também é fácil associar a regra da *nulla executio sine titulo* com a "neutralidade do juiz", sabido que esse deveria se comportar como mero aplicador da lei, submetido que era ao princípio da supremacia do Legislativo. Ora, se o juiz deve ser neutro, não há como deixá-lo aplicar a lei duas vezes, uma antes de produzidas as provas e outra ao término do processo.

Imediatamente vinculada à questão da neutralidade, aparecia a garantia da ampla defesa, compreendida como um direito que deveria ser naturalmente exercido antes da prestação da tutela jurisdicional do direito. Em razão da desconfiança em relação aos juízes e do receio de decisões arbitrárias – que pudessem resultar da preferência pela parte autora em detrimento da ré –, proibia-se a tutela jurisdicional do direito ou qualquer prejuízo à esfera jurídica do réu no curso do processo, isto é, antes que ele pudesse ter feito as alegações e produzido as provas necessárias a sua defesa. Ou seja, a exigência de ampla defesa era uma garantia de liberdade contra a possibilidade de arbítrio judicial e, por isto, era reafirmada pela regra da *nulla executio sine titulo*.

Mas a impossibilidade de execução antes do término do processo também pode ser atrelada ao modo como o Estado deveria tratar os direitos e as posições sociais. Se não podem ser consideradas as diferenças entre os direitos e as diversas posições sociais, igualmente não há como pensar em necessidades diferenciadas de tutela do direito material, particularmente na necessidade de antecipação da tutela final, sempre vinculada às diversas situações de direito substancial e às necessidades concretas do autor.

Como a proibição de execução sem título obviamente é uma regra forjada pela doutrina e, como foi dito, instituída pela doutrina chiovendiana, é necessário demonstrar que o próprio Chiovenda colocou na base de tal princípio a idéia de que a execução não poderia se iniciar antes do encontro da certeza jurídica, que dependeria

do término do processo ou do trânsito em julgado, quando é formada a coisa julgada material, a qual confere o selo de verdade à decisão jurisdicional, impedindo a sua rediscussão e negação.[3]

Chiovenda, nas suas *Instituições*, faz uma consideração reveladora ao tratar da execução da sentença na pendência do recurso. Eis a sua lição: "Entrementes, pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade. É o que sucede, em primeiro lugar, quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita a cassação, é todavia executória, uma vez que a cassação não suspende a execução da sentença, e o mesmo se dirá do pedido de revogação. Conquanto seja essa uma *figura anormal*, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, *de fato, da certeza jurídica* (...)".[4]

A execução na pendência do recurso seria, para Chiovenda, uma das hipóteses em que "pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade". A execução não poderia vir antes do término do processo de conhecimento e, por isto, segundo Chiovenda, a executoriedade antes da definitividade da cognição conduziria a uma figura "anormal" ou a uma "ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica".[5]

Como está claro, a necessária precedência da cognição em relação à execução, base do processo civil liberal, resulta da suposição de que o conhecimento da existência do direito afirmado pelo autor deve anteceder a invasão da esfera jurídica do demandado.[6] E isto por uma série de razões políticas e sociais próprias de determinado instante histórico.

Deixe-se claro, aliás, que a regra da *nulla executio sine titulo* é marcada pelos valores do Estado liberal clássico, pois a precedência da execução sobre a cognição, e mesmo a reunião das atividades de conhecer e executar em um mesmo procedimento, já foram admitidas em vários momentos que lhe antecederam na história.

1.3 As formas de execução da sentença condenatória na história

Se, no direito processual liberal, a execução supunha a verificação da existência do direito e a sua declaração na sentença condenatória – única sentença não-satisfativa da classificação das sentenças (trinária) daquela época –, é agora importante demonstrar de que modo a sentença condenatória foi executada em alguns momentos da história. Isto para ficar claro que as formas de execução da sentença condenatória podem variar segundos os valores das épocas.

No direito romano clássico, uma vez proferida a sentença condenatória, era necessário aguardar trinta dias pelo cumprimento da sentença, prazo após o qual o autor, para executar a condenação, deveria propor nova ação, chamada de *actio iudicati*. Diante dessa nova ação, o réu poderia reconhecer a condenação e o inadimplemento, ou apresentar defesa. Nesse último caso, o credor pedia que o réu fosse condenado a pagar o dobro do valor objeto da condenação. Essa possibilidade, aliada ao poder de o juiz reconhecer a má-fé da defesa, fazia com que o condenado se sentisse desestimulado a protelar a execução, não obstante essa dependesse da sua aceitação. Nessa época, além de a execução ter que se fundar em um direito declarado na sentença condenatória, a sentença condenatória dependia, para ser executada, de nova ação.

Na época imperial, dos processos *extra ordinem*, a condenação continua a exigir a ação de execução, embora existam diferenças em relação à ação de execução (*actio iudicati*) do processo romano clássico.

No direito dos germânicos, passada a fase do início da Idade Média, em que o credor tinha o direito de fazer valer o seu direito através da força, a lei passou a submeter a penhora a prévia autorização judicial. Porém, o deferimento da penhora não se baseava na existência do direito ou na sua prova, exigindo apenas um requerimento regular, já que a eventual discussão do direito devia ser objetivo da iniciativa do réu, mediante a sua defesa e após a consolidação da penhora.

É possível dizer, obviamente que de forma redutiva, que, no curso da história, duas formas de execução se chocaram: uma que exigia a ação de execução da sentença condenatória, quando era conferida ao condenado a oportunidade de negar a subsistência do direito de crédito declarado na própria condenação, e outra, completamente oposta, em que se permitia, antes de qualquer discussão do direito, a prática de atos de afetação dos bens do devedor, para que só mais tarde lhe fosse possível controverter o direito.

Na primeira situação abria-se dupla oportunidade para a discussão, uma para permitir a prolação da condenação – a qual exigia a demonstração do direito de crédito – e outra para dar ao condenado o direito de impugnar a subsistência do direito declarado na sentença condenatória. No outro caso, próprio dos povos germânicos, a prática dos atos executivos dispensava a discussão do direito de crédito e a sentença condenatória, bastando um requerimento regular. A discussão do direito, nesta hipótese, ocorria somente se o devedor, após os atos de execução, negasse o direito de crédito, exigindo a sua discussão.

Os juristas da Idade Média deram boa solução ao problema, já que, ao mesmo tempo em que firmaram a necessidade de o credor submeter a sua afirmação de direito à cognição judicial antes da prática dos atos de execução, permitiram que os

[3] A doutrina de inspiração chiovendiana afirma expressamente que a coisa julgada é pressuposto da execução. Ver Italo Andolina, *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, p. 21 e ss.

[4] Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 234.

[5] Idem, p. 235.

[6] Como dizia Carnelutti, "la preordinazione della cognizione all'esecuzione" se exprime "con la formula della condanna" (*Diritto e processo*, p. 49). Lembre-se que Liebman afirmou que uma das finalidades da sentença condenatória é "proporcionar a evidência de um direito existente e não satisfeito" (Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, p. 13).

atos executivos decorressem imediatamente da sentença condenatória, eliminando a ação de execução de sentença.[7]

Ou seja, a necessidade de ação de execução para fazer valer a condenação é algo que variou conforme as épocas.

1.4 A equiparação da sentença ao título executivo extrajudicial. A unificação das vias de execução

Em determinado momento, por influência das necessidades do comércio, as dívidas passaram a ser confessadas perante os tabeliães e os documentos que as corporificaram foram equiparados à sentença condenatória para o efeito de execução. Ou seja, deu-se ao reconhecimento do devedor perante o tabelião o mesmo significado da declaração judicial da existência do direito, expressa na condenação.

No direito comum francês, percebeu-se a necessidade de dar eficácia executiva às chamadas *lettres obligatoires*. Para a aquisição de tal eficácia, as *lettres obligatoires* tinham que ser reconhecidas pelo devedor, que precisava ser chamado em juízo, ou então deveriam ser autenticadas pelos notários. Somente com o aparecimento dessa função de autenticar as obrigações escritas é que os atos particulares de reconhecimento de dívida passaram a constituir título executivo, à semelhança da sentença condenatória.[8]

Com o passar do tempo e a sofisticação das relações comerciais, novos documentos foram qualificados como títulos executivos extrajudiciais, sempre com o objetivo de facilitar a execução, tornando-a algo que, ao invés de se basear em uma declaração judicial posterior à verificação do direito, fundava-se apenas em um documento que, visto em abstrato (letra de câmbio, nota promissória etc.), era suficiente para fazer crer que existia um direito de crédito.

[7] Como recorda Liebman, "a *actio iudicati* indicada pelas fontes romanas, significando proposição de novo processo contraditório e, portanto, formalidade demorada e protelatória, foi relegada para casos excepcionais (liquidação de condenação ilíquida, pedido de juros sucessivos à sentença etc.), ao passo que nos casos normais era suficiente simples requerimento para que o juiz, sem a audiência do devedor e lançando mão das faculdades e deveres inerentes ao seu ofício, praticasse os atos necessários a assegurar a execução da sentença por ele proferida. Denominou-se esse procedimento de execução *per officium judici*, considerando-o simples prosseguimento e complemento do ato de prolação da sentença *istud officium venit in consequentiam condemnationis* (Bartolo). Isto significou atribuir à sentença condenatória eficácia nova, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a execução, sem necessidade de nova ação e novo contraditório: *sententia habet paratam executionem*" (Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 11).

[8] "Com o aparecimento do instituto dos notários, designou-se-lhes a função de autenticar as obrigações escritas, e duas passaram a ser, então, as categorias de *titres exécutoires* geralmente reconhecidas: os *actes par devant notaires* e as sentenças tornadas definitivas ou declaradas exeqüíveis provisoriamente" (Enrico Tullio Liebman, *Embargos do executado*, p. 74).

É claro que existe uma distinção visível entre a execução fundada em condenação e a execução fundada em documento, uma vez que, no primeiro caso, há discussão, em procedimento judicial regular, sobre a existência do crédito, ao passo que, no segundo, há apenas um documento, ao qual se atribui aptidão para permitir o início da execução.

Bem por isso é que se outorga ao devedor, executado a partir de título executivo extrajudicial, a possibilidade de discutir a causa do crédito, ao passo que ao condenado apenas são deferidas defesas que não poderiam ser opostas na fase de conhecimento, quando se verificou a existência do crédito expresso na condenação.

Liebman, aliás, ao apontar para o instante em que "a conveniência de rápida realização de algumas categorias de créditos, estipulados com observância de formalidades especiais, fez com que a legislação estatutária das cidades em que o comércio florescente mal suportava as delongas do processo ordinário, reconhecesse a eficácia da execução aparelhada aos instrumentos de dívida lavrados perante o tabelião", equiparando o instrumento à sentença, não esquece de demonstrar que aí existia uma importante diferença, na medida em que a execução de sentença estava amparada pela coisa julgada sobre a existência do direito, "o que reduzia as possíveis defesas do executado à argüição da nulidade da sentença, ou do pagamento posterior à sentença", enquanto que, na execução que tinha por base mero instrumento, "permanecia íntegra a possibilidade de o executado defender-se por todos os meios".[9]

É interessante salientar que, neste momento da história, conforme adverte Liebman, *diferenciaram-se novamente as execuções*, pois na execução da sentença, "que se apresentava como simples prosseguimento da ação, reduzidas eram as oportunidades em que o executado podia defender-se", enquanto que, na execução que vinha baseada em instrumento, "admitiu-se, ao contrário, verdadeira ação executiva com prazos especiais para discussão das defesas do executado".[10]

Se a própria história da teoria do direito processual evidencia que, quando se pensou em título executivo extrajudicial, as execuções foram diferenciadas, é de se questionar a razão pela qual, mais tarde, elas foram novamente equiparadas, exigindo-se a propositura de ação em qualquer dos casos.

Não obstante a diferença de extensão de defesa que se deve dar ao executado, conforme a execução esteja fundada em sentença ou em título executivo extrajudicial, não há dúvida que a necessidade da propositura de ação deve variar conforme a base em que a execução se funda.

É preciso perceber, nesse caso, que a execução nada mais é do que uma prestação jurisdicional voltada à tutela do direito de crédito. Ora, quando a execução é fundada em título executivo extrajudicial, precedendo à eventual atividade cognitiva que pode ser instaurada pelo devedor, ela obviamente deve iniciar mediante uma ação de exe-

[9] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 11-12.

[10] Idem, p. 12.

cução. Porém, quando a execução é posterior à cognição, fundando-se em sentença, ela apenas constitui a fase final da ação voltada à tutela do direito material.

Ou melhor: quem vai a juízo, seja a partir da mera afirmação de direito de crédito, seja a partir de título executivo extrajudicial, quer tutela jurisdicional do direito material. Em um caso a ação, para prestar a tutela do direito, deve passar pela sentença condenatória, complementando-se com a execução. No outro, a ação dispensa a verificação do direito e, assim, a sentença condenatória, viabilizando a imediata instauração da execução. No primeiro caso, a execução é complemento da ação; no segundo, a execução é a única prestação jurisdicional buscada com a ação.

Perceba-se que, quando se exige ação para a execução da sentença, essa está sendo equiparada ao título executivo extrajudicial, quando foi esse último que, por razões decorrentes do desenvolvimento da sociedade comercial, recebeu a eficácia própria da sentença.

A aproximação entre a execução da sentença e a execução de título extrajudicial, considerando-se um momento mais remoto da história, pode ser encontrada no direito comum francês. Aí, ao contrário do que aconteceu em outros lugares, as características da atividade executiva, derivada de circunstâncias políticas próprias àquele instante histórico, levaram a execução da sentença a se equiparar à execução de título extrajudicial.

A execução era conduzida pelos funcionários do rei, sucessores dos servidores dos senhores feudais, mas que, como os que lhe antecederam, não tinham qualquer dependência em relação aos juízes. Os *Sergents du Roy*, como lembra Liebman, praticavam os atos que as leis deferiam às suas funções sem depender da vontade ou das ordens dos juízes.[11] A execução das *letres obligatoires* (títulos extrajudiciais) e das sentenças era realizada pelos funcionários do rei, independentemente de qualquer autorização judicial, bastando para tanto a simples existência de obrigação reconhecida perante o notário ou de sentença.

Como a atividade executiva não dependia do juiz, a execução, como visto, era conduzida pelos *Sergents du Roy*. Nessa circunstância, caso o devedor quisesse se opor à execução, fosse ela fundada em sentença ou em título extrajudicial, teria que apresentar seus argumentos ao juiz sob a forma de ação. Tornou-se necessária, nessa situação, uma ação do devedor contra o credor, pois o funcionário do rei, embora autorizado à execução, não tinha poder para resolver sobre as impugnações do devedor.

Diante desta situação, não há que se falar em autorização judicial para se realizar a execução, mas sim em ação destinada a fazer o juiz impedir a execução. De qualquer forma, o devedor, diante da execução, tinha só a via da ação, variando apenas as matérias alegáveis, mais restritas quando a execução era fundada em sentença, enquanto a execução permanecia una, estivesse em sua base a sentença ou o título

[11] Enrico Tullio Liebman, *Embargos do executado*, cit., p. 76.

executivo extrajudicial. Ou seja, a execução se destacava da sentença e da obrigação reconhecida perante o notário, adquirindo autonomia.

Tal autonomia, além de sinal de que a execução era vista como uma ordenação de atos praticados em conformidade estrita a lei, isto é, como algo mecânico e despido da criatividade atualmente necessária à efetiva tutela dos direitos, evidencia que a função jurisdicional terminava com a prolação da sentença sobre o mérito, ainda que essa não houvesse satisfeito o direito, exatamente porque a tutela do direito almejada pelo autor dependia da prática de atos de execução. Diante disso, a sentença é realmente equiparada ao título executivo extrajudicial, já que ambos guardam distância e autonomia em relação à execução.

De qualquer forma, a verdadeira explicação para a equiparação da execução de sentença à execução de título extrajudicial está no princípio da autonomia e da unidade das vias executivas, pouco importando que mais tarde o início da execução tenha passado a depender de autorização judicial ou de ação. Este princípio tem sustentação na idéia de que os instrumentos executivos não precisam estar de acordo com as diferentes necessidades do direito material e, assim, podem aspirar à unidade, confortando-se na teoria que desvirtuou o conceito de obrigação e, desta forma, admitiu que a sentença sempre condenaria a uma prestação que, em caso de inadimplemento, poderia ser obtida através da via executiva própria ao direito de crédito.

Perceba-se que, nos casos de execução de sentença e de execução de título extrajudicial, passou a existir uma via autônoma e única para a execução. Um procedimento único e completamente neutro em relação ao direito material, para o qual era bastante a existência de título executivo (sentença condenatória ou título executivo extrajudicial).

1.5 A falsa suposição de que a sentença condenatória é tutela jurisdicional do direito

O equívoco presente na equiparação da sentença ao título executivo extrajudicial deriva da suposição de que a condenação presta tutela jurisdicional ao direito. A idéia de que a condenação presta tutela jurisdicional ao direito é admitida pela doutrina, seja por aquela que classifica as sentenças apenas com base em critérios processuais, seja por aqueles que tentam classificar as sentenças, inclusive a condenatória, a partir do direito material.

Quem admite, a partir de visão exclusivamente processual, que a condenação é tutela jurisdicional, é obrigado a supor que a condenação basta para satisfazer o que se procura através da ação, sabido que a ação, como é inegável, deve proporcionar a tutela jurisdicional. Trata-se de uma visão romântica ou distorcida da tutela jurisdicional, pois aposta que o devedor, apenas por ser condenado, satisfará o direito de crédito.

Por outro lado, ao se tentar pensar na condenação a partir do direito material, não se consegue qualquer resultado positivo, uma vez que a condenação é incapaz

de realizar o direito material ou prestar a tutela do direito. Situação exemplar desta situação é a da doutrina de Pontes de Miranda, que em vão tenta identificar a condenação como o resultado da ação de direito material do credor. Segundo Pontes, "o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material", sendo que, em sua concepção, "a ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado contra o direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*con-damnare*)".[12]

Porém, a ação de direito material não pode ter eficácia condenatória, uma vez que ninguém que tenha sofrido dano ou não recebido o pagamento de seu crédito tem direito material à condenação. A condenação é simples técnica processual, dando contornos a uma espécie de ação que nela finaliza, mas não serve à prestação da tutela jurisdicional do direito.

A perspectiva de direito material jamais poderia atrelar a ação à condenação, pois a ela importa a tutela do direito, obtenível através da execução, que deveria simplesmente seguir a condenação. Já a perspectiva eminentemente processual, para se contentar com a condenação, vendo-a como tutela jurisdicional, foi obrigada a teorizá-la como título executivo, atribuindo-lhe a qualidade de autorizar a propositura da ação de execução.

Ou seja, a doutrina clássica, mediante um exercício de abstração, desligou a prestação jurisdicional do direito material, tornando a condenação mera *fase* da tutela jurisdicional do direito, porém imprescindível à propositura da ação de execução e, assim, à realização do direito de crédito.[13]

É bom recordar que, para Liebman, a sentença condenatória tem conteúdo e função duplos, pois, além de declarar o direito existente, "faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia

[12] F. C. Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, p. 32.

[13] Segundo Calamandrei, o condenado, "prima della condanna, non è altro che un obbligato: cioè il soggetto passivo di un rapporto giuridico sostanziale, vincolato, in forza di questo, a tenere volontariamente un certo comportamento. Finchè egli resta un obbligato, la osservanza del suo obbligo è affidata alla sua volontà: nel campo del diritto sostanziale, anche quando al rapporto obbligatorio primario si sostituisce un rapporto obbligatorio sanzionatorio, l'adempimento volontario è l'unico mezzo su cui il creditore può contare per il sodisfacimento del suo diritto. Ma, dopo la condanna, la volontà del debitore, sulla quale finora il diritto sostanziale faceva affidamento per ottenere l'adempimento dell'obbligato, si trasforma, da soggetto attivo di volontà, in oggetto passivo di una volontà altrui. In questa trasformazione dell'obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell'obbligato, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più, mi pare che consista la caratteristica essenziale della condanna, comune alla condanna civile ed a quella penale" (La condanna *Opere giuridiche*, p. 491).

das outras sentenças (função sancionadora)".[14] Na concepção de Liebman, a sentença condenatória, ao aplicar a sanção, constitui a situação jurídica que abre oportunidade para a execução. Liebman demonstrou, de fato, que a condenação opera um fenômeno complexo e vasto, que consiste na constituição de uma nova situação jurídica, autônoma no que concerne à relação substancial obrigacional, fundada na concreta vontade do Estado de que a sanção executiva seja atuada, e que se resolve subjetivamente no poder do órgão processual de proceder à atuação da sanção executiva, no poder do credor de provocá-la (ação executiva) e na sujeição do devedor a suportá-la (responsabilidade executiva).[15]

1.6 A influência da economia liberal: a importância da tutela pelo equivalente em pecúnia e a idoneidade da condenação

Na época do Estado liberal, às situações substanciais era conferido conteúdo patrimonial e, assim, o valor do dano podia ser medido em dinheiro, bastando a tutela ressarcitória pelo equivalente. Além disto, no plano obrigacional não era admitida a tutela em natura da prestação não observada, seja em razão de que ao Estado bastava transformar em dinheiro o valor do inadimplemento para manter em funcionamento os mecanismos de mercado, seja porque o princípio da liberdade pessoal constituía obstáculo à possibilidade de se constranger o obrigado a prestar na forma específica.

O Estado não tinha qualquer preocupação em proteger bens ou direitos na forma específica, ou mesmo em conceder a tutela da prestação inadimplida, devendo apenas zelar pela liberdade e repristinar os mecanismos de mercado mediante o sancionamento do faltoso,[16] para o que era suficiente uma tutela jurisdicional de sinal negativo, como a nulidade do contrato ou o pagamento de dinheiro.[17]

[14] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 16.

[15] Enrico Tullio Liebman, Il titolo esecutivo riguardo ai terzi, p. 137.

[16] Se os bens são equivalentes, e assim não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem devido em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas o de sancionar o faltoso, repristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro. Se todos são iguais – e essa igualdade deve ser preservada no plano do contrato –, não há razão para admitir uma intervenção mais incisiva do juiz diante do inadimplemento, para que então seja assegurada a tutela específica (ou o adimplemento *in natura*). Se o princípio da igualdade formal atua da mesma forma diante do contrato e do processo, o juiz somente poderia conferir ao lesado a tutela pecuniária (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 59). Ver Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, p. 26 e ss.

[17] "I soggetti dello scambio sono liberi di autodeterminarsi attraverso il contratto e debbono soltanto rispettare le regole del giuoco, le quali sono concepite nel presupposto della parità formale dei contraenti e non impongono di adeguare il regolamento d'interessi

Por outro lado, o art. 1.142 do Código Napoleão – segundo o qual toda obrigação de fazer e não-fazer resolve-se em perdas e danos, mais juros no caso de inadimplemento – era apenas um reflexo dos princípios de liberdade e de defesa da personalidade, próprios ao jusnaturalismo e ao racionalismo iluminista.[18] Daí a impossibilidade de se constranger o devedor ao adimplemento na forma específica e a necessidade de a prestação ser convertida em pecúnia.

A partir da tutela jurisdicional expressa em pecúnia, perfeitamente adequada à lógica do Estado liberal, construiu-se uma técnica processual que se consubstanciava na condenação, que, em caso de inadimplemento, deveria ser seguida pelos mecanismos executivos de expropriação, destinados a permitir a realização forçada do direito de crédito, mediante a penhora, a venda do bem e o pagamento do credor.

Perceba-se que a necessidade de tutela – ressarcitória ou da prestação inadimplida – pelo equivalente em dinheiro encontra veículo processual idôneo no binômio condenação-execução. Não obstante, o mesmo não ocorre em relação aos direitos reais e, especialmente, no que toca às novas situações de direito substancial, próprias à sociedade contemporânea.

1.7 O desvirtuamento do conceito de obrigação e a expansão da condenação

No direito romano existia uma relação entre a *actio*, a *obligatio* e a *condemnatio*. A *actio* contrapunha-se à *vindicatio*, sendo que esta última tutelava os direitos reais. Entendia-se que no direito real havia apenas uma relação entre sujeito e objeto e, assim, que a violação do direito não gerava uma obrigação. O vencido na ação real não era tratado como o devedor de alguma coisa. Apenas sofria a *vindicatio* do proprietário; não era condenado.[19]

a parametri di valutazione sociale. I limiti posti dall'ordinamento all'autonomia dei privati appaiono come limiti squisitamente negativi. Così è per il divieto di conformare il negozio in contrasto con le norme imperative e per la corrispondente sanzione della nullità. Ma così è anche per la misura del risarcimento del danno che consegue all'inattuazione dello scambio" (Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 37-38). "Le dottrine giuridiche dell'Ottocento, dopo la parentesi medioevale, recuperano appieno il principio romanistico (della prevalenza) della *condemnatio pecuniaria*, dovendo apparire, questa prevalenza, come la più funzionale alle esigenze del mercato. Nel mercato, com'è noto, non contano le qualità dei soggetti né quelle dei valori od interessi in esso presenti (astrattezza dei valori). In presenza di atti e/o di fatti che comportano inadempimento di obblighi e/o violazioni di diritti, la linea tendenziale è di imporre al responsabile il mero 'costo economico' di sifatti comportamenti, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati" (Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, p. 156).

[18] Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, p. 24.

[19] Ver Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*, p. 65.

No direito real não há obrigação e, por isso, não há que se falar em *actio* e em *condenatio*, mas sim em *vindicatio* e interdito. A *actio* dizia respeito apenas às pretensões obrigacionais, enquanto o direito real era tutelado pela *vindicatio*. Para o direito real ser tutelado, não há razão para condenar alguém, pois o réu, nesse caso, não tem obrigação e prestação a cumprir, mas sim dever de respeitar a propriedade. É por isto que, tratando-se de violação à propriedade, bastava a *vindicatio*. Nesse último caso a execução era privada, devendo ser levada a efeito pelo próprio autor, com o auxílio do pretor, que concedia um interdito, mediante o qual se exigia que o réu não se opusesse à retomada privada do bem.

Porém, o direito moderno transformou a *vindicatio* em *actio*, isto é, fez com que a *actio* passasse a ser a ação cabível para a tutela dos direitos reais. Isto decorreu do desvirtuamento do conceito de obrigação, que, de sua raiz entrelaçada originariamente apenas com o contrato e com o dano,[20] estendeu-se a todas as relações jurídicas.[21]

De qualquer forma, a aproximação entre as ações *in personam* e as ações *in rem* contribuiu para a formação do que se passou a chamar de "personalização" do direito real, fenômeno que teve consagração em uma conclusão de Kant, segundo a qual todo direito – real ou pessoal – resume-se em uma relação interpessoal, vale dizer, obrigacional entre pessoas, e não numa relação entre pessoa e coisa.[22]

Kant não admite que as coisas possam ser objeto de direitos e deveres e sustenta que a relação jurídica, na qual estão em relação direitos e deveres, configura-se sempre entre pessoas, oferecendo assim a primeira configuração da teoria personalista do direito real, na qual o caráter absoluto da relação torna-se a nota qualificante da categoria.[23]

Segundo a chamada teoria "personalista" do direito real, predominante na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX, a relação entre

[20] "Le fonti, da cui deriva il diritto reale, e quelle da cui deriva il diritto personale, sono nettamente distinte; e le forme rispecchiano questa diversità. Fonti delle obbligazioni sono o il *delictum* o il *contractus*. Contratti e delitti nulla hanno a che vedere coi diritti reali: la forma tipica con cui questi si costituiscono è solitamente la *mancipatio* o la *in iure cessio*" (Emilio Albertario, Tema di classificazione delle azioni – *Actiones in rem* e *actiones in personam*, p. 185-186).

[21] "Examinando-se o nexo entre obrigação e ação de condenação, primeiro no direito moderno, e depois no direito romano clássico, *encontra-se uma profunda distinção*. No direito moderno, *assim no direito das obrigações como no direito real*, a garantia que a lei cria ao interesse em relação a um determinado bem, faz surgir, eventualmente, ao titular, a expectativa, e em outra pessoa a obrigação de realizar voluntariamente esta expectativa. A diferença essencial é que a pessoa, de frente a qual a expectativa surge, que em um lugar é determinada desde o início, em outro se determina pela primeira vez com a violação do direito; mas em ambas as categorias de direitos, igualmente estão presentes os elementos da expectativa e da obrigação" (Emilio Betti, *Teoria generale delle obbligazione*, v. 2, p. 14). Ver Emilio Betti, *La struttura dell'obligazione romana e il problema della sua genesi*, p. 49 e ss.

[22] Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*, cit., p. 140.

[23] Marco Comporti, *Diritto reali in generali*, p. 13.

sujeito e coisa não teria relevância jurídica, pois o direito seria constituído por regras atinentes às relações intersubjetivas; a relação jurídica dar-se-ia exclusivamente entre sujeito e sujeito, e não entre sujeito e coisa.[24] O direito real, nesta perspectiva, é configurado como poder ou pretensão de um sujeito no confronto de todos os outros sujeitos do ordenamento, os quais são levados a se abster de qualquer ingerência sobre a coisa. Dessa forma, o conteúdo do poder que constitui o direito real torna-se negativo, da mesma forma que é negativo o dever geral, que recai sobre todos os sujeitos do ordenamento, de não turbar o titular do direito no exercício do próprio direito.[25]

O alargamento do conceito de obrigação, também devido à teoria personalista do direito real, conduziu à universalização da sentença condenatória. A expansão do conceito de obrigação gerou o entendimento de que, qualquer que fosse a relação substancial litigiosa, a execução deveria supor o inadimplemento da condenação, como se o réu sempre estivesse obrigado a cumprir uma prestação.[26]

1.8 A impropriedade da sentença condenatória para a tutela dos direitos absolutos

Os direitos absolutos são caracterizados por uma relação jurídica imaginária, existente entre o titular do direito e todas as demais pessoas, que teriam, em relação ao titular do direito, um dever de abstenção. Entretanto, o dever negativo de abstenção, que caracteriza os chamados direitos absolutos, nada mais é do que o dever de respeito ou de *alterum non laedere*, ou seja, o dever de não invadir a esfera jurídica alheia, dever que deve proteger todas as esferas jurídicas, todos os direitos subjetivos, e, desta forma, também os direitos relativos.[27]

A configuração do dever negativo de abstenção, típico do direito absoluto, como um mero dever de *alterum non laedere*, já deixa entrever a superação do conceito kantiano de direito real e, mais do que isso, o papel que se atribuiu à figura da "relação jurídica" na dogmática do direito civil.

O direito do Estado contemporâneo não é mais um mero sistema de limites às esferas jurídicas individuais, estando submetido a um universo de valores completamente diverso daquele que iluminou as concepções do final do século XIX; o direito é visto hoje como um instrumento que, marcado principalmente pelos valores da igualdade e da solidariedade, visa a permitir o desenvolvimento da personalidade humana e a realização das relações sociais através da tutela – não

[24] Idem, p. 9-10.

[25] Idem, p. 10.

[26] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 353-359.

[27] Marco Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., p. 23. Ver Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 170 e ss.

mais formal, mas concreta – da dignidade e do desenvolvimento do homem na comunidade em que vive.[28]

Essa alteração dos fins do Estado e do direito permite que a norma seja considerada não mais como fonte de deveres e proibições e, conseqüentemente, da relação direito/obrigação, mas como instrumento de valoração da atividade humana por parte do ordenamento.[29] Isso significa, precisamente, que o direito subjetivo, por conseqüência, não precisa mais ser construído sobre a base da noção de relação jurídica.[30]

Se é verdadeira a proposição segundo a qual as relações jurídicas se constituem entre os homens, *não o é aquela segundo a qual o direito assegura um bem da vida às pessoas necessariamente através do instrumento de uma relação jurídica.*[31]

Na relação jurídica há uma correlação entre a situação ativa, dita também de vantagem, e a situação passiva, que seria de desvantagem. *No direito real, porém, não há essa correlação, exatamente porque o conteúdo do direito real tem a ver com a relação de utilidade com a coisa,*[32] *não dependendo do adimplemento daqueles que possuem o dever negativo de abstenção*; não é possível fazer ver o conteúdo do direito real afirmando sua relação com um dever negativo de abstenção.[33]

[28] Ver Marco Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., p. 16.

[29] "Nell'attuale realtà (innanzi tratteggiata nelle sue linee generali) l'idea del diritto soggettivo non sembra evocare l'antistorica ed irreale sfera individuale in atteggiamento difensivo, né la psicologica rappresentazione della 'volontà' o del 'potere' del soggetto. La valutazione sociale del diritto soggettivo sembra infatti inserire il fenomeno nelle relazioni intersoggettive di una società organizzata, diretta non solo a difendere l'ordine, ma anche a progredire nei rapporti sociali e nella conquista di valori sostanziali, colmando le diseguaglianze di fatto: con ciò, da un lato, viene superata la prospettiva individualistica del fenomeno, dall'altro lato viene in considerazione non solo il termine di riferimento soggettivo, ma anche quello oggettivo, cioè la relazione fra soggetto e bene giuridico. Ed è appunto sotto tale profilo oggettivo della relazione fra soggetto e bene che nella realtà sociale appare adesso l'idea del diritto soggettivo, come valore sostanziale tutelato dall'ordinamento" (Marco Comporti, Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo, *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, p. 754).

[30] Marco Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., p. 20-21.

[31] Como explica Comporti, "o problema da relevância jurídica se coloca atualmente como qualificação do fato diretamente pela norma, ou seja, como subsunção do fato em um paradigma normativo independentemente dos seus efeitos, e prescinde, obviamente, da necessidade de construção da relevância jurídica sob o aspecto externo da relação. Assim, a relação sujeito-coisa é juridicamente relevante para a identificação do tipo normativo do direito real: mas tal relação não se configura como relação jurídica nem entre sujeito e coisa, nem entre o sujeito e as demais pessoas" (Idem, ibidem).

[32] "Il fenomeno giuridicamente rilevante rappresentato dal diritto soggettivo, il fenomeno cioè che l'ordinamento coglie nella realtà sociale nell'atto in cui conferisce a tale realtà la tutela giuridica, sembra consistere nella particolare posizione oggettiva, effettiva e concreta di utilità instauratasi nella relazione tra soggetto e bene" (Idem, p. 36).

[33] Idem, p. 22-23; Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo, *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, cit., p. 779-784.

Comporti demonstra que todos os direitos são *relativos* em relação ao objeto e *absolutos* no que concerne a sua inviolabilidade por parte dos sujeitos do ordenamento, afirmando a oportunidade da distinção entre *oponibilidade* – com sua conseqüente característica de inviolabilidade por parte dos terceiros – e *exigibilidade* do direito, ou seja, o poder de um sujeito obter uma determinada prestação da parte de um outro sujeito no âmbito de uma específica relação jurídica.[34] Assim, todos os direitos subjetivos devem ser qualificados de "absolutos", porque existem e são tutelados em face de terceiros. Já na perspectiva de sua realização, ou exigibilidade, *alguns realizam o seu conteúdo independentemente da colaboração alheia*, e desta forma, com novo significado, podem ser denominados absolutos, *enquanto outros realizam seu conteúdo na relação com outros sujeitos, cujo comportamento é instrumental a sua realização*, e então podem ser qualificados de relativos.[35]

Todo direito é inviolável; o conteúdo particular de cada direito é que pode dispensar, ou não, uma colaboração alheia.[36] Os direitos da personalidade, *v.g.*, realizam o seu conteúdo independentemente da colaboração alheia. O titular do direito à imagem não precisa que alguém pratique ou deixe de praticar um ato para ter o seu direito realizado; quando alguém ameaça agredir o seu direito, surge ao titular do direito à imagem a possibilidade de exigir que o eventual agressor se abstenha de praticar o ato, não porque haja uma relação jurídica entre o titular do direito e o eventual agressor, e, portanto, uma obrigação, mas sim porque o ordenamento garante a inviolabilidade do direito à imagem, conferindo ao seu titular uma espécie de tutela (a inibitória) que assegura o conteúdo do seu direito.[37]

---

[34] Marco Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., p. 26.

[35] Idem, p. 27. Ver Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 172.

[36] "Di solito l'assolutezza viene considerata come il carattere distintivo di determinati diritti (e in primo luogo dei diritti reali in contrapposto ad altri diritti, che si chiamano relativi), e la si definisce (Michele Giorgianni, *L'obbligazione*, p. 91), 'il fenomeno per cui nel diritto reale si verificherebbe l'instaurazione di un rapporto tra il titolare e tutti i consociati, ai quali incomberebbe un dovere negativo nei riguardi del titolare medesimo'. Ma, a prescindere dal rapporto, sembra evidente che il dovere negativo sussista rispetto al diritto non in quanto è reale, ma in quanto è diritto: tutti sono tenuti a rispettare il mio diritto di obbligazione non meno del mio diritto reale. Quel che, del resto, si presenta come diritto di obbligazione verso il debitore si presenta come diritto reale nei confronti del terzo, come chiaro appare dall'ipotesi della lite fra pretendenti prevista dall'art. 109 cod. proc. civ. Si può anche aggiungere che la violabilità dei diritti reali da parte di tutti i consociati, che costituirebbe una tipica differenza dai diritti di credito, violabili solo da un determinato soggetto, e quindi giustificherebbe l'attributo di assolutezza a quelli riservato, non sembra esattamente invocata. Il diritto, come tale, è inviolabile, e l'osservato fenomeno è in relazione al contenuto particolare del diritto, e cioè all'interesse che col diritto si tutela, che può essere soddisfatto da un'altra persona (obbligato) o senza alcuna intermediazione" (Salvatore Satta, L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, v. 2, p. 3-4).

[37] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 406-411.

1.9 As novas situações de direito substancial carentes de tutela e a inadequação da condenação

Como visto, na época do direito romano, uma vez proferida a sentença reconhecendo o direito de propriedade, o autor poderia recuperar o objeto de seu domínio independentemente de qualquer colaboração do réu. Ou seja, declarada a ilegitimidade da posse do demandado, a ação de recuperação da coisa prescindia totalmente da vontade do demandado, que justamente por isso não era condenado. Algo distinto ocorria no caso de obrigação e condenação, já que, nessa hipótese, por ser *naturalmente necessária uma prestação* do devedor, podia o autor apenas manter o devedor em cativeiro à espera de um terceiro que, pagando a dívida, o libertasse.[38]

Nesta perspectiva, é bastante clara a razão pela qual em uma hipótese podem ser praticados atos executivos imediatamente e, em outra, há de se esperar o inadimplemento para o início da execução. Contudo, a falta de adequação entre direitos reais e condenação se estende naturalmente a outras situações de direito substancial, próprias da sociedade contemporânea, especialmente quando se percebe a distinção entre ato contrário ao direito, inadimplemento e dano.

É preciso perceber que a norma jurídica, no Estado contemporâneo, é um instrumento que protege direitos, impondo ou proibindo condutas, ou mesmo os assegura, permitindo o seu exercício, independentemente de qualquer relação jurídica. O direito é uma posição juridicamente tutelada. Porém, para se ter uma posição juridicamente protegida, não é necessária a existência de uma relação jurídica. Se uma posição é juridicamente protegida quando o conteúdo do direito é tutelado, não é possível ignorar que a tutela de um direito pode depender ou não da colaboração alheia. Ora, como antes demonstrado, alguns direitos realizam o seu conteúdo independentemente da colaboração alheia, ao passo que outros realizam seu conteúdo na relação com outros sujeitos, cujo comportamento é instrumental a sua realização.

Se uma norma, para proteger ou assegurar um direito, impõe uma conduta ou uma abstenção, a prática de ato contrário ao direito (a violação da norma), assim como a ameaça da sua prática, abrem oportunidade para a tutela jurisdicional, independentemente de relação jurídica ou de prestação devida. Nesse caso, não há que se falar em prestação inadimplida ou em dano, mas apenas em ato contrário ao direito.[39]

---

[38] Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*, cit., p. 23 e ss.

[39] Esta forma de compreensão também exige a separação entre ilícito, visto como ato contrário ao direito, e dano, e assim a distinção entre tutela contra o ilícito e tutela contra o dano. "Em princípio, a unificação das categorias da ilicitude e da responsabilidade civil constitui o reflexo da idéia de que toda violação de direito pode ser valorada em pecúnia. Assim, pouco importaria a violação que não pudesse acarretar fato suscetível de aferição em dinheiro. Ao processo civil caberia apenas definir a responsabilidade por esse fato, e desse modo aquele que deve arcar com o pagamento da indenização. Contudo, *o incorreto não é só ligar o ilícito à indenização pecuniária, mas associar o ilícito com o fato danoso, ainda que ele seja suscetível de ressarcimento na forma específica*. A

Assim, por exemplo, se alguém expõe à venda produto nocivo à saúde do consumidor, o legitimado à tutela dos direitos dos consumidores pedirá a tutela de remoção dos efeitos concretos derivados do ilícito, requerendo, como técnica processual executiva, a busca e a apreensão dos produtos. Nesse caso, como é pouco mais do que evidente, não há razão para se pedir a condenação do infrator a uma prestação. Isto porque o réu não é devedor de prestação alguma. A realização do conteúdo do direito, assim como a tutela jurisdicional do direito, independe de qualquer colaboração do réu. E, numa hipótese como essa, basta ao juiz declarar o ilícito e mandar expedir mandado de busca e apreensão dos produtos, o que significa simplesmente declarar o ilícito e autorizar a retirada dos produtos do mercado.

A declaração judicial da prática de ato contrário ao direito não fica à espera de qualquer prestação do demandado, ao contrário do que acontece quando há inadimplemento de obrigação contratual ou dano. Quem viola uma obrigação ou comete um dano está obrigado a uma prestação ou ao ressarcimento do dano, *não ocorrendo o mesmo quando se pratica um ato contrário ao direito*. Nesse último caso, não há que se esperar algo ou alguma prestação de quem praticou o ilícito, *restando à jurisdição apenas remover os seus efeitos concretos*.

No caso em que a sentença declara a probabilidade da violação ou a violação do direito, o direito obviamente não depende de qualquer prestação, sendo absolutamente

associação de ilícito e dano deriva da suposição de que a violação do direito somente pode exigir do processo civil tutela contra o dano – na forma específica ou pelo equivalente monetário –, *mas jamais uma tutela voltada a remover o ilícito (independentemente de ele ter provocado dano)*. Ou ainda: tal associação se funda na falsa premissa de que o processo civil *não pode impedir a violação de um direito sem se importar com a probabilidade de dano. Frise-se que inibir a violação não é o mesmo que inibir o dano. Além disso, do ponto de vista probatório, é muito mais fácil caracterizar o ilícito ou sua ameaça do que precisar o dano ou sua probabilidade*. (...) Supunha-se, antigamente, principalmente porque não se percebia a existência de direitos que não podiam ser adequadamente tutelados mediante a via ressarcitória, que o ressarcimento era a única forma de tutela contra o ilícito. Frise-se que a unificação entre o ilícito e o dano sempre esteve presente no direito civil tradicional (...) Como é óbvio, não se trata de impor '*conceitos puros*'. Ao contrário, o que se deseja é extrair desses conceitos *uma utilidade que não podia ser compreendida*. É absurdo supor a inexistência de distinção entre ato contrário ao direito e dano diante das novas regras de proteção dos direitos fundamentais. A violação de uma norma pode ter *eficácia continuada*, e assim constituir um ilícito que, na medida de sua eficácia, abra oportunidade a danos. Assim ocorre, por exemplo, diante do ilícito de exposição à venda de produto nocivo à saúde do consumidor. É claro que, nesse caso, o processo civil tem uma importante função a cumprir, que é justamente *a de dar efetividade à norma de proteção*. A ação de busca e apreensão, aí cabível, objetiva prestar tutela de remoção do ilícito, restaurando o desejo da norma violada. Essa tutela olha para trás quando considera o ilícito, mas se dirige para o futuro quando se pensa nos danos que a partir dele podem ser produzidos, o que demonstra, de forma evidente, a separação entre ilícito e dano, provando que o último é uma conseqüência meramente eventual do primeiro, e que o ilícito de eficácia continuada deve ser removido, pouco importando se já produziu dano ou se constitui apenas ameaça" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 158 e ss).

desnecessário esperar algo do demandado para implementar a tutela jurisdicional. Em tais situações, o juiz não atua no lugar do demandado, nem para suprir algo que é por ele devido.

Quando se inibe o ilícito ou se remove os seus efeitos, a ameaça ao direito ou a prática do ilícito não requerem qualquer prestação do réu, sendo necessários atos de coerção apenas para que a declaração contida na sentença se transforme em realidade, ao passo que, nos casos de ressarcimento ou de adimplemento, há declaração de algo que ainda precisa ser feito, aparecendo a execução como indispensável para realizar o que deveria ter sido prestado pelo demandado.

Os direitos que realizam o seu conteúdo independentemente da colaboração alheia, ou que são tutelados sem que seja necessária uma prestação devida pelo devedor da relação jurídica, exigem uma forma de execução que não se destina a fazer valer uma prestação inadimplida, e assim não devem ser tutelados através da condenação.

2

A Execução da Sentença no Código de Processo Civil

SUMÁRIO: 2.1 Primeiras observações – 2.2 Ação de execução de sentença – 2.3 O sistema executivo do art. 461 – 2.4 O sistema executivo do art. 461-A – 2.5 A quebra do princípio da tipicidade dos meios de execução – 2.6 A Lei 11.232/2005 e a sentença condenatória – 2.7 O desaparecimento da ação de execução de sentença – 2.8 A sentença dependente de execução não mais põe fim ao processo – 2.9 A infiltração da execução no processo de conhecimento.

2.1 Primeiras observações

O Código de Processo Civil, embora tenha reservado um livro ao processo de execução (Livro II), e, em princípio, separado a atividade executiva da cognitiva, fazendo com que a sentença condenatória sempre abrisse oportunidade para a instauração da execução (art. 583 do CPC – atualmente revogado), sofreu alterações substanciais ao longo do tempo.

Do primeiro modelo executivo, instituído com a edição do Código, chegou-se em outro completamente diverso, passando por inúmeras e importantes modificações.

2.2 Ação de execução de sentença

O art. 583 do Código de Processo Civil (revogado pela Lei 11.382/2006) afirmava que toda execução tinha por base título executivo judicial ou extrajudicial. A seguir, o art. 584 (revogado pela Lei 11.232/2005), ao dispor sobre as modalidades de títulos executivos judiciais, arrolava "a sentença condenatória proferida no processo civil" como sua primeira espécie.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, argumentou o Ministro Alfredo Buzaid que, "dentre as inovações constantes do Livro II, duas merecem especial relevo. A primeira respeitante à *unidade do processo de execução*; a segunda, à criação do instituto da insolvência civil. O direito luso-brasileiro conhece dois meios de realizar a função executiva: a) pela *parata executio*; b) pela ação executiva. Esta se funda em título extrajudicial; aquela, em sentença condenatória. Mas, como observa

Liebman, diferentes foram os resultados da evolução histórica nos países do continente europeu. O direito costumeiro francês reafirmou energicamente a equivalência das sentenças e dos instrumentos públicos; e reconheceu a ambos a *exécution parée*. Este princípio foi acolhido pelas Ordenações reais e, depois, pelo *Code de Procédure Civile* napoleônico, de 1806, do qual passou para a maior parte das legislações modernas (Liebman, *Processo de execução*, p. 13, nota 10) (....) *O projeto segue esta orientação porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais*. Sob o aspecto prático são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas".

O Código de Processo Civil, quando da sua edição, reuniu a execução dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, não apenas outorgando eficácia executiva aos dois e exigindo a ação para o início da execução de ambos. A sua voracidade unificadora foi muito além.

O Livro II, elaborado para tratar do "processo de execução", apresentou três títulos. As suas epígrafes – "Da Execução em Geral" (Tít. I), "Das Diversas Espécies de Execução" (Tit. II) e "Dos Embargos do Devedor" (Tít. III) – evidenciam completa uniformidade de tratamento para a execução de título extrajudicial e para a execução de sentença. Ou melhor, o Livro II supôs que a execução de sentença poderia se contentar como o mesmo tratamento da execução de título extrajudicial.

No título reservado à "execução em geral", foram descritos, em seu Capítulo III, "Os requisitos necessários para realizar *qualquer execução*". Ao abrir a Seção I deste Capítulo III, e assim tratar do primeiro requisito ("Do Inadimplemento do Devedor") "para realizar *qualquer execução*", disse o art. 580: "Verificado o inadimplemento do *devedor*, cabe ao *credor* promover a execução. Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor, *que não satisfaz espontaneamente o direito* reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo".[1]

Como se vê, a norma falava em credor e devedor, seja para o caso de título executivo extrajudicial, seja para a hipótese de sentença. Como estava expresso na norma, o autor e o réu do processo em que a sentença é proferida foram equiparados ao credor e ao devedor da obrigação creditícia, própria do direito material. A norma, ao tratar do primeiro requisito para a execução da sentença, afirmava que isso acontecia quando o devedor (*rectius*, o réu) "não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença". Ora, como o devedor ou o réu somente podem satisfazer um direito de crédito, ou melhor, um direito que exija prestação, a norma supunha que a *condenação seria o remédio único* para a tutela dos direitos que dependem de execução e que a execução de créditos – destinada aos títulos executivos extrajudiciais e às obrigações

---

[1] Norma revogada pela Lei 11.382/2006. Essa Lei também deu nova redação ao art. 580.

contratuais – constituiria uma resposta executiva adequada a todas as formas de tutela dos direitos, mesmo àquelas que não dependem de prestação do réu.

No Título II do Livro do "Processo de Execução", intitulado de "Das Diversas Espécies de Execução", são elencadas a "execução para a entrega de coisa" (Capítulo II), a "execução das obrigações de fazer e de não fazer" (Capítulo III), a "execução por quantia certa contra devedor solvente" (Capítulo IV) e a "execução de prestação alimentícia" (Capítulo V).

Quando da edição do Código, a execução da sentença e a execução de título extrajudicial, *dependendo da natureza da obrigação constante do título extrajudicial ou reconhecida na sentença*, deveriam submeter-se ao procedimento executivo de um destes Capítulos. O procedimento executivo era único para os títulos executivos extrajudiciais e para as sentenças, pois objetivava apenas implementar prestações não adimplidas.

Na verdade, o primeiro modelo executivo do Código de Processo Civil era completamente incapaz de viabilizar as tutelas dos direitos que não dependiam de prestações do demandado e, assim, não requeriam as modalidades executivas disciplinadas originariamente pelo Código.

2.3 O sistema executivo do art. 461

A evolução da sociedade fez com que novas necessidades de tutela dos direitos fossem postas a nu, evidenciando a falta de sensibilidade e de efetividade do modelo executivo do Código de Processo Civil de 1973.

A inidoneidade da tutela ressarcitória pelo equivalente diante das novas situações substanciais de caráter não patrimonial, e a percepção da necessidade de tutelá-las, assim como a outros direitos há muito conhecidos, mediante formas preventivas, fez como que surgisse um evidente interesse em obter uma tutela jurisdicional capaz de inibir a violação do direito, impedindo a prática de um fazer.

Acontece que o Capítulo III (Da execução das obrigações de fazer e de não fazer) do Titulo II (Das diversas espécies de execução) do Livro II (Do Processo de Execução) do Código de Processo Civil, como visto elaborado para atender aos direitos que dependem de prestações obrigacionais, não foi feito para viabilizar a execução da tutela inibitória.

Tal espécie de tutela – atualmente fundamental – sequer era objeto de cogitação à época da edição do Código de Processo Civil. Não há como prestar tutela inibitória, impedindo-se um fazer, através de ação de execução de sentença que condenou a não-fazer. Isto seria até mesmo risível, de tão absurdo. É que o tempo, necessário à ação de execução de sentença que condena a não fazer, por si só já seria suficiente para impedir a efetividade da tutela jurisdicional. A condenação, seguida da ação de execução de sentença, não se presta a impedir a prática de ato contrário ao direito, exatamente porque ninguém descumpre uma prestação, devida ao autor,

quando ameaça violar um direito. Quem teme a violação de um direito não tem direito a prestação, mas sim direito a uma tutela capaz de impedir qualquer um de praticar ato contrário a situação jurídica que lhe diz respeito. Há aí um direito cujo conteúdo se realiza independentemente de uma prestação e fora do âmbito de uma relação jurídica.

Por outro lado, há uma série de situações substanciais que, apesar da violação do direito, exigem tutelas apenas de remoção dos efeitos concretos do ilícito, independentemente da ocorrência de dano ou do inadimplemento de prestação. Estas tutelas, como é óbvio, não se contentam com as técnicas processuais arquitetadas para viabilizar a tutela ressarcitória pelo equivalente ou do adimplemento da prestação não cumprida.

A tutela de remoção do ilícito é típica ao Estado constitucional, ou melhor, ao Estado que tem o dever de proteger os direitos fundamentais. Uma das mais importantes formas de proteção aos direitos fundamentais está nas normas, devidas pelo legislador infraconstitucional à tutela destes direitos. Estas normas, ditas normas de proteção, proíbem ou impõem condutas, partindo da premissa que a sua prática pode causar ou evitar danos aos direitos fundamentais. Uma vez violada norma desta natureza, resta ao titular do direito fundamental pedir a eliminação dos efeitos da conduta ou da sua prática, ainda que dano nenhum tenha sido produzido.

Quando é prestada tutela jurisdicional contra alguém que fez algo que tinha o dever de não fazer, não há como pensar em condená-lo a uma prestação de fazer, isto é, de remover o efeito do ato que não deveria ter sido praticado. Quem praticou o ilícito, como é evidente, não tem qualquer prestação a cumprir. A tutela jurisdicional, para ser concretizada, precisa de atos executivos que nada têm a ver com algo que precisa ser feito pelo demandado.

Demais disso, há que se lembrar, também, que o Código de 1973, em seu modelo executivo original, não foi capaz de permitir a tutela ressarcitória na forma específica. Isto certamente decorreu da incompreensão da necessidade desta forma de tutela, imprescindível especialmente aos direitos não-patrimoniais que, quando lesados, devem ser reparados em natura, como acontece com o direito ao meio ambiente.

A tutela ressarcitória na forma específica requer que do infrator seja exigida uma prestação de fazer ou a entrega de uma coisa equivalente à danificada, embora na grande maioria das vezes dependa apenas de uma prestação de fazer. Não obstante, o procedimento executivo instituído com o Código não continha qualquer capacidade de permitir a tutela ressarcitória na forma específica.

Nessa situação, o lesado teria que pedir condenação do infrator a reparar o dano mediante a prestação de um fazer, isto é, teria que requerer condenação a um fazer. Uma vez condenado o infrator ao fazer e não observada a sentença, teria que ser proposta ação de execução da sentença que condenou ao fazer. Requerida, na ação de execução, a prestação do fazer individualizado na sentença, e nada sendo feito pelo réu, a única alternativa seria realizar a concorrência pública – custosa e demorada – para encontrar

o terceiro capaz de fazer aquilo que, segundo a própria sentença, deveria ter sido feito pelo infrator. Encontrado o terceiro, este obviamente teria que ser pago para fazer. Pagamento que teria que acabar sendo feito pelo próprio lesado, restando-lhe cobrar do infrator, através do procedimento de execução de quantia certa, o valor despendido.

A inadequação do procedimento executivo para a obtenção da tutela ressarcitória na forma específica equivale a dizer que o processo civil era incapaz de permitir tal forma de tutela, prometida pelo direito material.

Na realidade, o modelo executivo original do Código não era apenas impotente para viabilizar a tutela ressarcitória na forma específica, mas também incapaz de permitir a obtenção das tutelas inibitória e de remoção do ilícito. Ou melhor, a técnica processual executiva, posta originariamente no Código de Processo Civil, não foi feita para viabilizar a tutela específica dos direitos, mas apenas para permitir o alcance da tutela ressarcitória pelo equivalente e da tutela da obrigação contratual inadimplida.

Portanto, considerando-se o que já foi dito no primeiro volume deste *Curso*, no sentido de que o direito de ação tem como corolário o direito aos meios executivos adequados, não há margem para dúvida de que o Código de Processo Civil, por muitos anos, foi inconstitucional por omissão.

Um Código de Processo Civil que se omite em fornecer ao jurisdicionado e ao juiz as técnicas processuais executivas indispensáveis às tutelas prometidas pelo direito material, além de desconsiderar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, nega ao juiz o uso dos instrumentos necessários ao exercício do seu poder.

Mas o legislador, diante de tudo isto, alterou o Código de Processo Civil no final de 1994, quando nele foram inseridas alterações imprescindíveis para salvar a sua constitucionalidade. Trata-se da técnica antecipatória, instituída no art. 273, e, particularmente no que neste momento interessa, das técnicas executivas do art. 461, voltadas a permitir a tutela específica dos direitos. Eis a norma do art. 461:

"Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a *tutela específica* da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

"§ 1.º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

"§ 2.º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

"§ 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

"§ 4.º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

"§ 5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, *determinar as medidas necessárias, tais como* a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

"§ 6.º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva".[2]

Embora a norma fale em "tutela específica da obrigação", o seu objetivo é o de dar ao jurisdicionado as técnicas processuais necessárias à obtenção da tutela específica do direito material, impedindo a sua transformação em dinheiro. Melhor explicando: o art. 461 não mira o alcance da tutela específica da prestação inadimplida, mas sim a obtenção da tutela específica ou da integridade do direito material.[3] O seu escopo mais importante é permitir a tutela inibitória – a mais relevante espécie de tutela específica, pois dirigida a inibir o ilícito – e as tutelas de remoção do ilícito e ressarcitória na forma específica, as quais, apesar de viáveis após a violação da norma (remoção do ilícito) e da produção do dano (ressarcitória na forma específica), são voltadas a tutelar, na medida do possível, a integridade do direito, evitando a sua degradação em pecúnia.

O art. 461, precisamente no seu § 4.º, afirma que o juiz poderá, na tutela antecipatória (decisão interlocutória) ou na tutela final (sentença), "impor multa diária ao réu",[4] "fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito". Ou seja,

---

[2] § 6.º incluído pela Lei 10.444, de 07.05.2002.

[3] A tutela específica é o contrário da tutela pelo equivalente ao valor da lesão. Trata-se da tutela que tem a ver com a integridade do direito. A tutela pelo equivalente implica na monetização dos direitos ou na aceitação de que os direitos são iguais e, por isto, podem ser convertidos em pecúnia. Assim, essa espécie de tutela era ideal a um Estado que não podia tratar os bens e as posições sociais de forma diferenciada. Acontece que o Estado contemporâneo não só tem o dever de permitir a justa inserção do homem na comunidade em que vive, mas também, e para tanto, o dever de tutelar de forma específica os direitos fundamentais, como o direito do consumidor e o direito ambiental.

[4] "Note-se que, tratando-se de tutela inibitória, a 'multa diária' só tem eficácia nos casos de tutela que tem por fim fazer cessar o ilícito, ou seja, nas hipóteses de ilícito continuado. A multa, em tais casos, pode ser aplicada por dia de atraso na cessação do ilícito. Entretanto, quando se deseja impedir a prática ou a repetição de um ilícito, não há outra saída que não a imposição da multa em valor fixo. Recorde-se de que o art. 829-A do CC português é claro ao preceituar

essa norma deu ao autor o direito de pedir sentença que, ao reconhecer a ameaça de violação ou a própria violação do direito ou produção do dano, permita a imposição de multa, sem que seja preciso solicitar o meio executivo através de nova ação, como antes ocorria quando a sentença não era cumprida pelo demandado.

No mesmo sentido, o § 5.º do art. 461 permitiu ao autor solicitar sentença que utilizasse o meio executivo necessário e adequado ao caso concreto,[5] fazendo surgir sentença que dispensa a propositura de ação de execução para a concretização da tutela do direito material.

Porém, a maior importância do art. 461 não está na circunstância de ter oportunizado sentença de executividade intrínseca, dispensando a ação de execução de sentença, mas sim no fato de que, a partir dele, ao processo civil foi possível viabilizar as tutelas que dependem de sentenças que se liguem a meios executivos de coerção indireta, como a multa, e a meios de execução destinados a permitir a simples implementação da tutela jurisdicional – como a busca e apreensão e a remoção de pessoas e coisas –, exatamente nas hipóteses em que a tutela jurisdicional do direito não depende de qualquer prestação do demandado.

O art. 461 dispensou a propositura da ação de execução de sentença em todas as hipóteses em que se pede ao juiz a imposição de obrigação contratual de fazer, e, bem mais importante do que isto, viabilizou a obtenção de toda e qualquer tutela jurisdicional do direito que exija a mera imposição de não fazer ou de fazer, ou a determinação de qualquer meio executivo capaz de assegurar o não fazer ou o fazer, ou ainda que requeira meio executivo suficiente para remover ou eliminar os efeitos concretos do que não deveria ter sido feito pelo réu.

2.4 O sistema executivo do art. 461-A

Quando não se admitia que a sentença pudesse ter efeito executivo intrínseco, ou melhor, quando a sentença – de lado as sentenças declaratória e constitutiva – somente podia abrir ensejo para a ação de execução, apenas a sentença condenatória podia ser invocada quando se pretendia a entrega de coisa.

que 'nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso...'. Como é óbvio, o legislador brasileiro, ao tratar da multa, não desejou proibir a tutela que tem por fim impedir a prática ou a repetição do ilícito, como é o caso da tutela que objetiva impedir que notícia lesiva à honra de determinada pessoa seja (ou volte a ser) divulgada. De modo que a alusão à multa diária, presente nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, não impede que a multa seja empregada de outra forma, pois o que deve servir de parâmetro para a fixação da multa capaz de permitir a efetiva 'tutela das obrigações de fazer e não fazer' são as características do próprio caso concreto apresentado ao juiz" (Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.4).

[5] "Tais como" "busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial" (art. 461, § 5.º).

A sentença condenatória era a única resposta para a ação fundada em direito real ou em direito de crédito, equiparando o credor ao titular do direito real. A idéia de condenar, e assim de abrir ensejo para a ação de execução, não fazia distinção entre a necessidade de retirar algo que está legitimamente no patrimônio do devedor e a simples prática de atos executivos para que a posse da coisa, reconhecida como ilegítima pela sentença, fosse retirada do réu e transferida para o autor.

Porém, oito anos após ter sido inserida a norma do art. 461, o Código de Processo Civil recebeu o art. 461-A, voltado especialmente à tutela dos direitos que dependem apenas da obtenção de coisa imóvel ou móvel. Eis a norma do art. 461-A:

"Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

"§ 1.º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

"§ 2.º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

"§ 3.º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1.º a 6.º do art. 461".

Existe evidente distinção entre a ação em que se pede o adimplemento da obrigação de entrega de coisa móvel, a ação em que se busca a imissão na posse de coisa móvel[6] ou de coisa imóvel e a ação de recuperação da coisa baseada na defesa da posse (ação de reintegração de posse) ou no domínio (ação reivindicatória).

[6] O direito real, no sistema brasileiro, configura-se com o registro imobiliário (para as coisas imóveis) e com a tradição (para as coisas móveis). Tratando-se de não-cumprimento de obrigação de outorgar escritura pública de compra e venda, cabe requerer sentença substitutiva da vontade do obrigado. No caso de coisa móvel, a inexistência da tradição confere ao credor, em razão do seu direito de crédito, ação para o adimplemento da obrigação de entregar coisa móvel. Mas a ação para o cumprimento da obrigação de entrega de coisa não pode ser confundida com a ação de imissão na posse. A ação de imissão na posse, ao contrário da outra, funda-se em direito à posse, e não em direito obrigacional. Quem tem direito à imissão na posse tem direito à posse, e não ao cumprimento de uma obrigação. Por essa razão, deve provar o seu direito, ou seja, deve juntar com a petição inicial o documento que lhe confere o direito à posse. *Tratando-se de coisa móvel, há terrível confusão entre a ação para a entrega de coisa e a ação de imissão na posse.* Embora a ação de imissão possa ser utilizada em relação a coisas móveis, não é possível esquecer que, quando há somente o contrato de compra e venda e ainda não ocorreu a tradição, não há direito real e sim direito de crédito, e, por isso, não há direito à imissão na posse, porém apenas direito ao cumprimento da obrigação de entrega de coisa. Isso quer dizer que a ação de imissão na posse não serve para se obter a tradição. Ao contrário, a ação de imissão na posse de coisa móvel *se funda*

A ação de imissão na posse é fundada em direito real. Assim, a sentença de procedência, ao reconhecer o direito à posse, requer somente que o autor seja nela investido, e por isso jamais precisaria condenar o demandado a entregar a coisa. Essa ação exige uma sentença capaz de viabilizar a simples imissão na posse. Ademais, a ação de reintegração de posse e a ação reivindicatória exigem uma sentença que, ao reconhecer a posse e a propriedade, simplesmente abra ensejo para a recuperação da coisa, pois aí não há afirmação de qualquer direito que dependa do cumprimento de uma prestação obrigacional. Ao contrário, a ação de adimplemento se dirige à obtenção de uma prestação devida pelo réu, e assim abre oportunidade a uma forma de execução destinada à realização da prestação que deveria ter sido cumprida pelo demandado.

Como está claro, o art. 461-A passou a permitir a tutela de imissão na posse e de recuperação da coisa, com base na defesa da posse e do domínio, mediante sentença de executividade intrínseca, isto é, mediante sentença que, ao reconhecer o direito material, determina a expedição de mandado, sem a necessidade de condenação e de ação de execução de sentença.

Não obstante, a norma do art. 461-A não apenas permitiu a adequada tutela jurisdicional, nos casos em que se aspira somente à imissão na posse ou à recuperação da coisa a partir de um direito real, como ainda acabou por eliminar a necessidade de ação de execução na hipótese de sentença que reconhece obrigação contratual de entregar coisa móvel.

A partir do art. 461-A – como também ocorreu, diante do art. 461, em relação às "obrigações de fazer e de não fazer" –, não há mais execução de sentença em face das "obrigações de entrega de coisa móvel ou imóvel".

2.5 A quebra do princípio da tipicidade dos meios de execução

Os sistemas executivos dos arts. 461 e 461-A são completamente diferentes, no que tange ao poder jurisdicional de execução, do sistema executivo originariamente concebido pelo Código de Processo Civil, com base nas formulações da doutrina processual clássica.

Esta doutrina, ao conceber o seu sistema processual executivo, outorgou o mínimo de poder ao juiz. Isto porque a grande preocupação da doutrina da época do Estado liberal era a de proteger a esfera jurídica de liberdade do cidadão contra

na tradição. Alguém poderia dizer, então, *que se a tradição já ocorreu não há mais razão para a ação de imissão na posse*. No entanto, o equívoco dessa afirmativa pode ser demonstrado mediante a lembrança de julgado já bastante antigo do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deixou frisado que a ação de imissão na posse não pode ser recusada aos adquirentes de bens móveis, mas deve-se exigir que estes *provem direito real* sobre as coisas cuja posse reclamem, seja porque, *feita a tradição simbólica*, não lhe tenha seguido a real, seja porque, realizada esta, o alienante a tenha fraudado nos seus efeitos, deixando de transferir a posse concreta (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 481-482).

a possibilidade de arbítrio do Estado e, por conseqüência, contra o uso indevido do poder jurisdicional.

Por esta razão, visando garantir a liberdade do executado, tal doutrina desenvolveu a idéia de que a esfera jurídica do devedor apenas poderia ser invadida mediante os meios de execução previamente definidos pelo legislador. Lembre-se que Chiovenda – reputado o fundador da escola processual italiana clássica –, em conferência proferida no início do século passado, e sugestivamente intitulada de "Le forme nella difesa giudiziale del diritto", discorreu sobre a "a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais", sublinhando a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, sendo que Vittorio Denti – talvez o mais importante processualista italiano das últimas décadas – fez questão de relacionar esta conferência de Chiovenda com a limitação do poder do juiz aos meios de execução previamente previstos na lei.[7]

Na realidade, a restrição do poder do juiz aos meios de execução tipificados na lei deu origem ao princípio da tipicidade dos meios executivos, considerado um princípio cardeal do velho processo de execução.[8]

Acontece que, diante da transformação do Estado – que de inimigo público passou a ser visto como alguém que, colocando-se ao lado do cidadão, deve zelar pela proteção dos seus direitos –, e, por conseqüência, da necessidade de se dar tutela efetiva aos direitos, o legislador rompeu com o engessamento do poder executivo do juiz, dando-lhe a mobilidade necessária para prestar tutela efetiva aos direitos.

Note-se que agora, em razão dos arts. 461 e 461-A, o juiz está autorizado a determinar a modalidade de execução adequada a cada caso concreto. A elasticidade peculiar à multa, que pode ser fixada em montante adequado, constitui resposta evidente à tendência de se dar poder executivo para o juiz bem tratar do caso concreto. Demais, a regra contida no § 5.º do art. 461 afirma expressamente que o juiz pode determinar a "medida necessária", exemplificando com a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva. Por outro lado, o art. 461-A estabelece, em seu § 3.º, que todo o sistema executivo do art. 461 pode ser empregado nas ações estruturadas a partir do art. 461-A.[9]

[7] Vittorio Denti, Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 808 e ss.

[8] A necessidade de subordinar o exercício da execução aos meios previstos na lei repercutiu na doutrina italiana clássica e, por conseqüência, na doutrina brasileira e no Código de Processo Civil de 1973. Lembre-se, apenas como exemplo, que Crisanto Mandrioli, em obra publicada na Itália em meados do século passado, relacionou o princípio da tipicidade ao que ele chamou de "regra fundamental da intangibilidade da esfera de autonomia do devedor" (Crisanto Mandrioli, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, p. 42).

[9] "Processual civil. Obrigação de dar. Bloqueio de valores em contas públicas. 1. As medidas previstas no § 5.º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão 'tais como', o que denota o caráter não exauriente da enumeração. 2. Não obstante o seqüestro de valores seja medida de

Estas normas evidenciam a superação do princípio da tipicidade, deixando claro que, para o processo tutelar de forma efetiva as várias situações de direito substancial, é indispensável não apenas procedimentos e sentenças diferenciados, mas também que o autor e o juiz tenham amplo poder para requerer e determinar a modalidade executiva adequada ao caso concreto.[10]

2.6 A Lei 11.232/2005 e a sentença condenatória

Pondo fim ao regime "processo de conhecimento mais processo de execução", surgiu recentemente a norma que, alterando o regime da execução de sentença que condena ao pagamento de soma em dinheiro, eliminou a necessidade da propositura de ação de execução.

A última etapa da unificação do processo de conhecimento e do processo de execução de sentença ocorreu com a Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Essa lei eliminou, especificamente para a sentença que condena ao pagamento de quantia certa, a necessidade de ação de execução de sentença. Isso quer dizer que o sistema de execução de sentença, após esta lei, passou a fundar-se nos art. 461, 461-A, e, no que diz respeito à sentença que condena ao pagamento de quantia certa, no procedimento instituído a partir do art. 475-J do Código de Processo Civil.[11]

O art. 475-J, *caput*, inserido no Código de Processo Civil por tal lei, diz que, "caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, *a requerimento do credor* e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

A norma é bastante clara em dispensar a ação de execução de sentença, exigindo simples requerimento, no caso de não cumprimento da sentença. Note-se que não há diferença entre tal requerimento (art. 475-J do CPC) e aquele que, por exemplo, pode ser feito internamente no processo quando da concessão de tutela antecipatória de soma (art. 273 do CPC).

---

natureza excepcional, a efetivação da tutela concedida no caso está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, devendo ser privilegiada a proteção do bem maior, que é a vida. 3. Recurso especial provido" (STJ, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, REsp 881353, *DJ* 08.11.2006).

[10] Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, p. 306.

[11] "Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

"§ 1.º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

"§ 2.º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta."

2.7 O desaparecimento da ação de execução de sentença

Não há mais dúvida que, a partir da Lei 11.232/2005, toda sentença que dependa de execução para a concretização da tutela jurisdicional não exige *ação* de execução de sentença, devendo ser cumprida, conforme o caso, mediante as formas executivas dos arts. 461 (fazer e não fazer), 461-A (entrega de coisa) e 475-J e seguintes (soma em dinheiro) do Código de Processo Civil.

O art. 475-I, primeiro artigo do novo e último Capítulo (Capítulo X – Do cumprimento da sentença) instituído no Título VIII (Do procedimento ordinário) do Livro I do Código de Processo Civil – reservado ao processo de conhecimento –, afirma expressamente que o cumprimento da sentença deve ser feito com fundamento nos arts. 461 e 461-A, e, no que tange à condenação ao pagamento de soma em dinheiro, com base no art. 475-J e ss.

O processo de conhecimento, instaurado para verificar com quem está a razão diante do litígio, não mais termina com a sentença que fica na dependência da execução. Agora, o processo de conhecimento prossegue até que a tutela do direito almejada seja prestada, mediante a atividade executiva necessária. Isto porque o processo, ainda que vocacionado à descoberta da existência do direito afirmado, destina-se a prestar tutela jurisdicional à parte que tem razão, o que não acontece quando se profere sentença de procedência dependente de execução.

2.8 A sentença dependente de execução não mais põe fim ao processo

O art. 162, § 1.º, do Código de Processo Civil foi também alterado pela Lei 11.232/2005. Isso para se deixar claro que a sentença que condena ao pagamento de soma não extingue o processo, já que nele deve ser executada, nos termos do art. 475-J e ss. do Código de Processo Civil.

O art. 162, § 1.º, tinha a seguinte redação: "Sentença é o ato pelo qual o juiz *põe termo ao processo*, decidindo ou não o mérito da causa". Diante da Lei 11.232/2005, o art. 162, § 1.º, passou a ter este teor: "Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei". O art. 267 trata das hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, ao passo que o art. 269 trata dos casos em que há resolução do mérito.

A resolução do mérito pode se dar através de sentença que julgue o litígio (que acolha ou rejeite o pedido do autor, diz o inciso I do art. 269) e, ainda assim, necessite de meios executivos para que a tutela jurisdicional do direito seja prestada. Por conseqüência, a Lei 11.232/2005 também alterou o art. 463 do Código de Processo Civil, cujo *caput* – que tinha a seguinte letra: "Ao publicar a sentença de mérito, *o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional*, só podendo alterá-la (...)" – passou a ter a seguinte redação: "Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la (...)".

É certo que há resolução do mérito quando o juiz decide o litígio, de modo favorável (sentença de procedência) ou desfavorável ao autor (sentença de improcedência), isto é, reconhecendo ou não a existência do direito afirmado na petição inicial.

Quando o juiz reconhece o direito de crédito alegado pelo autor, e assim resolve o mérito, há sentença de procedência que obviamente não põe fim ao processo, pois a tutela ressarcitória pelo equivalente ou a tutela do crédito pecuniário, concedida *em parte* pela sentença, ainda depende de meios executivos para a sua *plena prestação*.

Aliás, há uma curiosidade na alteração destes artigos. É que a sentença que depende de execução não põe fim ao processo há muito tempo, notadamente desde 1994, época em que foi instituído o sistema executivo relacionado às obrigações de fazer e de não fazer. O processo de conhecimento, ao menos desde 1994, não é encerrado pela sentença de procedência.

De modo que não há qualquer razão prática capaz de justificar a alteração dos arts. 162, § 1.º, e 463. O destempo – e bem por isso inutilidade – das alterações legislativas, na verdade, é fruto da lentidão da doutrina clássica e da jurisprudência em assimilar as necessidades concretas derivadas da evolução do sentido das normas processuais civis.

2.9 A infiltração da execução no processo de conhecimento

Não há mais qualquer dúvida, diante da fisionomia atual do Código de Processo Civil, que a execução da sentença se dá em razão de uma única ação e no interior de um único e mesmo processo.

Além disso, quebrou-se, com a introdução do instituto da tutela antecipatória no Código de Processo – art. 273, cuja nova redação foi determinada pela Lei 8.952/94 –, o princípio que impedia a execução no curso do processo de conhecimento, ou melhor, que proibia a execução no curso do procedimento voltado à verificação da existência do direito.

A quebra deste princípio, também conhecido como princípio da *nulla executio sine titulo*, não só viabilizou a antecipação da tutela que poderia ser concedida ao final do procedimento, como também permitiu o julgamento do pedido de tutela do direito com base em verossimilhança e, por conseqüência lógica, a execução da tutela assim concedida.

Como é evidente, seria completamente irracional ter o julgamento do pedido de tutela do direito com base em verossimilhança para apenas admitir a mera declaração da sua necessidade, sem permitir a execução da tutela antecipada ou a utilização de mecanismos de execução para lhe dar concretude.

Em regra, a tutela do direito, concedida ao final ou antecipadamente, é substancialmente a mesma, e assim, quando requer mecanismos de execução ao final, obviamente os requer no curso do processo de conhecimento, e, na maioria das vezes, diante da situação de urgência, de forma até mais incisiva.

Basta pensar na tutela antecipada de soma em dinheiro, deferida com base na verossimilhança do direito e na urgência da sua obtenção. É claro que tal tutela, para ser prestada antecipadamente, necessita de meios de execução, que devem ser aptos a permitir a breve realização da tutela necessitada pelo autor; assim, não podem ser os mesmos que são utilizados para permitir a execução da sentença de condenação.

Portanto, se a sentença de condenação é executada mediante penhora, avaliação, expropriação e pagamento do credor, é evidente que a tutela antecipada de soma, em razão da própria urgência que a legitima, não pode ser executada do mesmo modo, e assim requer medidas que permitam a retirada de dinheiro do devedor de modo mais tempestivo, como o desconto em folha, o desconto de rendas periódicas ou o uso da multa para constranger ao pagamento.

Não há dúvida que o uso de tais meios é imprescindível para a própria existência da tutela antecipada, configurando meios que lhe dão efetividade e concretude. Assim, não podem ser outra coisa, senão meios de execução da decisão que defere a antecipação da tutela.

Na realidade, há aí execução de decisão fundada em verossimilhança, porém substancialmente execução. Aliás, a razão que proibiu que se falasse em execução no curso do processo de conhecimento foi totalmente baseada na idéia de que não seria adequado admitir que a tutela dos direitos fosse concedida com base em verossimilhança. Ou melhor, a execução, antes do final do processo, não foi admitida porque reputada desnecessária para a efetividade da tutela, mas sim porque a própria tutela, no curso do processo, configuraria algo impróprio e temido.

A prova desse argumento da doutrina está em Calamandrei, sabidamente o mais importante representante da escola processual clássica em torno do assunto. O grande mestre italiano, seguindo à risca o entendimento de que não pode haver execução sem título, disse que o "único criterio seguro para distinguir la ejecución satisfactiva de la ejecución cautelar es el de determinar, en aceptación del principio del art. 553, *si los actos ejecutivos preceden o siguen a la declaración de certeza (aun sumaria) del derecho a satisfacer*; en todos los casos en los que se ve que la ejecución *precede a esta declaración*, estamos frente a una ejecución cautelar, la cual no se distingue de la satisfactiva por la diversidad de los medios ejecutivos (la ejecución cautelar consiste siempre en un ejercicio antecipado, total o parcial, de los mismos medios de los que se sirve la ejecución satisfactiva) sino únicamente en virtud de que estos medios se ponen en funcionamento *no para satisfacer un derecho ya declarado* (en vía ordinaria o vía sumaria), sino para satisfacer un derecho que, en vía de hipótesis, se supone *que puede llegar a ser declarado en una fase procesal ulterior*".[12]

Como está claro, Calamandrei distingue a execução cautelar e a execução satisfativa – ou propriamente dita. Não obstante, ele não afirma que as execuções são

---

[12] Piero Calamandrei, *Introduccion al estúdio sistematico de las providencias cautelares*, p. 204.

substancialmente distintas, mas apenas que elas se diferenciam em razão de que, em um caso, o direito já foi declarado, enquanto que, no outro, existe apenas um direito que "pode chegar a ser declarado em uma fase processual ulterior".

Este modo de pensar, devido ao medo de legitimar a invasão da esfera jurídica do réu antes da plenitude do contraditório, e assim eventual arbítrio judicial, fez com que a doutrina clássica jamais admitisse execução no curso do processo de conhecimento. A execução teria que se fundar em sentença transitada em julgado ou em sentença provisoriamente executiva na pendência do recurso. Antes do fim do processo de conhecimento, existiria apenas tutela cautelar, voltada exatamente a assegurar a efetividade da tutela final.

Acontece que, com a mudança das razões de demandar, devidas às novas situações de direito substancial, surge com evidência a necessidade de se antecipar a tutela do direito, especialmente nos casos de tutelas de situações de conteúdo não-patrimonial. A imprescindibilidade de antecipar a tutela, diante disto, é naturalmente afastada da simples necessidade de se assegurar a tutela final, tarefa atribuída à tutela cautelar.

Porém, se em regra a tutela antecipada e a tutela final são substancialmente ou materialmente idênticas, isto decorre da prática de atos executivos materiais, que tornam tais tutelas possíveis ou dotadas da mesma repercussão no plano do direito material.

Se executar é tornar faticamente viável a tutela do direito material, ou melhor, se a execução é um componente indispensável à tutela do direito, é inegável que a execução é imprescindível para a tutela antecipatória. Dar concretude à tutela antecipada é, tão somente, dar efetividade à tutela jurisdicional do direito no curso do processo.

Há, considerando-se as tutelas antecipada e final, execução de uma tutela substancialmente idêntica, mas que varia apenas em razão do grau de cognição (verossimilhança ou verdade) que funda a decisão. Como o grau de cognição não modifica a natureza da tutela do direito material, não há motivo para alterar a natureza da execução que lhe diz respeito apenas pelo fato de vir antes ou depois da declaração contida ao final do processo. Atualmente há execução fundada em cognição sumária e execução fundada em sentença transitada em julgado, ou em sentença provisoriamente executável na pendência do recurso.

Com a eliminação da ação de execução de sentença (arts. 461, 461-A e 475-J do CPC) e com a introdução da técnica antecipatória, o processo de conhecimento, concebido para o juiz exercer somente atividade intelectiva, sem "sujar as mãos" com aspectos práticos necessários à efetivação da sua decisão, transformou-se em local em que se misturam as atividades cognitiva e executiva.

O que realmente importa é notar que o processo de conhecimento deixou de ser algo preocupado unicamente com a declaração do direito, isto é, com a prolação da sentença de mérito. Atualmente, no Estado contemporâneo, o processo apenas existe para viabilizar a prestação da tutela do direito, não mais importando apenas a sua declaração ou a decisão jurisdicional. *Decidir sem tutelar, ou conhecer sem executar, não é o que se espera do processo civil no Estado constitucional.*

3

O Direito Fundamental de Ação e a Desmistificação do Processo de Conhecimento

SUMÁRIO: 3.1 A ação como direito ao julgamento do mérito e como direito capaz de permitir a obtenção da tutela do direito material – 3.2 A ação capaz de permitir a tutela do direito material depende de técnica processual idônea à situação material litigiosa – 3.3 O princípio da tipicidade como obstáculo à efetividade do direito de ação – 3.4 O princípio da concentração do poder executivo do juiz como corolário do direito fundamental de ação – 3.5 A unificação do conhecimento com a execução como conseqüência do direito fundamental de ação.

3.1 A ação como direito ao julgamento do mérito e como direito capaz de permitir a obtenção da tutela do direito material

Após a percepção de que a ação não se confunde com o direito material nela afirmado, o direito de ação foi visto como direito a uma sentença de mérito, favorável ou desfavorável ao autor.

Trata-se da idéia de ação ainda em voga entre a maioria dos processualistas brasileiros, especialmente após Liebman ter dito que a ação, para existir, depende de condições. Lembre-se que, para Liebman, tais condições "são os requisitos constitutivos da ação", sendo que, "na sua presença, esta deve ser considerada existente, *como direito a provocar o exame e a decisão do mérito*; depois, essa decisão poderá ser, conforme os resultados do processo, tanto favorável como desfavorável, no sentido de que o pedido poderá ser acolhido ou rejeitado e consequentemente a medida postulada poderá ser concedida ou negada".[1]

Este conceito se mostrou insuficiente quando o direito de ação foi pensado como direito fundamental, incidente sobre legislador e sobre o juiz, passando a significar um direito em exercício, ou melhor, o direito de influir sobre o convencimento

[1] Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 162.

judicial e o direito à utilização das técnicas processuais idôneas a obtenção da tutela do direito material.

O direito de ação, quando visto no quadro dos direitos fundamentais, não pode ser resumido ao direito de ir a juízo, ao direito de acesso à justiça ou ao direito ao julgamento de mérito. O direito de ação é o direito de utilizar o processo para poder obter a tutela do direito material, desde que, obviamente, o direito seja reconhecido em juízo.

As sentenças satisfativas – declaratória e constitutiva – são suficientes para satisfazer o autor ou outorgar a tutela jurisdicional do direito, mas a tutela do direito não é prestada pelas sentenças dependentes de execução, como a que determina a inibição do ilícito, a reintegração na posse, a remoção do ilícito ou a condenação ao pagamento de soma em dinheiro.

Se as sentenças dependentes de execução, ao contrário das sentenças satisfativas, não prestam a tutela jurisdicional do direito, é evidente que a ação que culmina em uma sentença que, julgando o mérito, depende de atos de execução não presta a tutela do direito material.

A antiga ação condenatória, única alternativa para quem desejava soma em dinheiro até meados de 2006, apesar de responder ao conceito tradicional de ação, pois garantia uma sentença de mérito, não viabilizava, por si só, a tutela do direito material.

Isto é suficiente para fazer ver a diferença abismal entre direito a uma sentença de mérito e direito à possibilidade de obtenção da tutela do direito material, o qual depende de um processo tecnicamente adequado e justo, capaz de espelhar o direito à preordenação das técnicas processuais adequadas e o direito à participação no procedimento, mediante a oportunidade de alegações e produção de provas, isto é, de convencimento do juiz.

Aliás, quando se pensa no conceito contemporâneo de direito de ação, a falta de sintonia entre condenação e ação obriga a afastar, de uma vez por todas, as nomenclaturas que ligavam o direito de ação às técnicas processuais, como as espécies de procedimentos – por exemplo, ação *ordinária* – e de sentenças – por exemplo, ação *condenatória* –, fazendo com que a ação passe a se relacionar com a sua única razão de ser, isto é, com a tutela do direito material.

Ou seja, a ação, quando voltada à obtenção da tutela ressarcitória pelo equivalente, é ressarcitória e não condenatória. Ninguém que deseja ressarcimento pelo equivalente, em dinheiro ou pagamento de obrigação pecuniária, deseja somente condenação, até porque essa é apenas *uma das técnicas processuais* instituídas para que seja possível a obtenção da tutela do direito. Ao lado da condenação, estão predispostas, igualmente como técnicas processuais, a liquidação – através de suas diferentes espécies – e as várias modalidades executivas. O que a ação realmente almeja, portanto, é a tutela do direito, e assim, na hipótese referida, a tutela ressarcitória pelo equivalente ou a tutela do adimplemento da obrigação de pagar quantia.

3.2 A ação capaz de permitir a tutela do direito material depende de técnica processual idônea à situação material litigiosa

Não há dúvida de que a técnica processual, aí incluídas a espécie de sentença e os meios executivos, devem variar segundo a natureza do direito material a ser tutelado. É por isso que não basta uma única sentença dependente de meios executivos, ou uma única sentença não-satisfativa.

Não basta, como pensou a doutrina clássica, que a sentença não-satisfativa fosse equiparada a uma sentença que condena a uma prestação. Isto porque nem todo direito material afirmado em juízo é um direito obrigacional, que depende de uma prestação, ou um direito material que se contenta com uma prestação do demandado.

Há situações de direito substancial que, como já visto, exigem apenas que se iniba a prática de um ato, assim como direitos a tutelas que, uma vez reconhecidos, exigem a prática de atos de execução apenas para implementá-las e não para realizar forçadamente a prestação que deveria ter cumprida pelo réu.

Quer dizer que, para prestar as tutelas inibitória, de remoção do ilícito, de imissão na posse, de reintegração de posse e de reivindicação da coisa com base no domínio não há como condenar o réu a uma prestação e, assim, não há sentido em pensar em atos de execução para realizá-la forçadamente.

Nestes casos, como a tutela não necessita de prestação a ser cumprida, uma vez que independe de relação jurídica ou da colaboração do réu, basta que se dê ao autor a oportunidade de requerer as técnicas executivas necessárias para a implementação da tutela.

Os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil outorgam ao autor o direito à utilização do meio executivo idôneo à imposição do não-fazer, do fazer, à eliminação do que não deveria ter sido feito, à imissão na posse e à recuperação da posse com base em direito real, viabilizando a obtenção de tutelas do direito que nada têm a ver com a necessidade do adimplemento de uma prestação.

3.3 O princípio da tipicidade como obstáculo à efetividade do direito de ação

Quando o direito de ação é visto apenas como uma garantia à apreciação de afirmação de um direito, ou como o direito a julgamento de mérito, entendendo-se que a sentença é o bastante em sua resposta, é natural e lógico que não se dê atenção aos meios de execução, ou ainda, que não se visualize a idoneidade dos meios de execução para a tutela do direito material.

Na verdade, quando os meios técnicos processuais não são pensados a partir das necessidades do direito material, não há como cogitar o direito de ação como direito à possibilidade da obtenção da tutela prometida pelo direito material.

Quando o direito de ação não presta atenção ao direito material, basta um único procedimento e uma única espécie de sentença, além de meios executivos que, em princípio, devem servir à execução de toda e qualquer tutela jurisdicional.

Quando se aceita que toda tutela de direito pode ser convertida em tutela ressarcitória pelo equivalente, ou quando se supõe que toda tutela de direito depende de uma prestação do réu, torna-se fácil unificar a via executiva, fazendo com que não sejam necessários outros meios executivos além daqueles expressamente previstos na lei.

O princípio da tipicidade dos meios executivos, além de se fundar na desnecessidade de meios executivos diferenciados e adequados ao caso concreto, objetou garantir a liberdade do litigante contra a possibilidade de arbítrio judicial.

Tal princípio se tornou possível diante da indiferença em relação ao direito material e com base na preocupação com a defesa da liberdade dos litigantes perante o Estado.

De acordo com o princípio da tipicidade, os meios de execução devem estar previstos na lei e, por isso, a execução não pode se dar através de modalidades executivas não tipificadas. O fim deste princípio é impedir que meio executivo não previsto em lei possa ser utilizado e, ao mesmo tempo, garantir o jurisdicionado contra a possibilidade de arbítrio judicial na fixação da modalidade executiva.

Note-se que se o jurisdicionado sabe, diante de previsão legal, que a sua esfera jurídica somente poderá ser invadida através de determinadas modalidades executivas, confere-se a ele a possibilidade de antever a reação ao seu inadimplemento, bem como a garantia de que a jurisdição não determinará ou permitirá a utilização de meio executivo diverso daqueles previstos.[2]

[2] Esta relação pode ser evidenciada através da demonstração do argumento que levou a doutrina italiana clássica a pensar na tipicidade das formas de execução. A doutrina de Mandrioli, um dos maiores estudiosos da *esecuzione forzata in forma specifica* na Itália, serve para provar a nossa tese. Afirmou ele – elogiando o princípio da tipicidade – que "a precisa referência às formas previstas no Código de Processo Civil implica no reconhecimento da regra fundamental da intangibilidade da esfera de autonomia do devedor, a qual somente poderia ser invadida nos modos e através das formas tipicamente previstas pela lei processual". Com efeito, é muito interessante frisar a ligação entre o culto às idéias liberais e as formas do processo, que na verdade seriam "formas de garantia das liberdades". Aliás, esta ligação foi posta à luz por Denti quando, ao escrever sobre "Il processo di cognizione nella storia delle riforme", advertiu que a antiga concepção burocrática da função jurisdicional, marcada pela excessiva racionalização do exercício dos poderes do juiz, foi a responsável pela idéia de se criar um modelo único de procedimento. Nesta ocasião, Denti lembrou que Chiovenda, em uma de sua mais famosas conferências (*Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901), não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara "a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais" (Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.2.1). Ver Crisanto Mandrioli, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., p. 23 e ss.; L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, p. 23; Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, p. 1.347; Vittorio Denti, Il processo di cognizione nella storia delle riforme, cit., p. 808 e ss.; Luigi Montesano, *Condanna civile e tutela dei diritti*, p. 86; Giuseppe Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, p. 91; Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 146 e ss; Lanfranco Ferroni, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, p. 139 e ss.

3.4 O princípio da concentração do poder executivo do juiz como corolário do direito fundamental de ação

É claro que, com a percepção de que as modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial, o direito ao meio executivo adequado passou a ser visto como corolário do direito de ação, isto é, do direito à possibilidade de obtenção da tutela do direito material.

O direito ao procedimento e ao meio executivo adequado à tutela do direito exigiria do legislador a instituição de tantos procedimentos e técnicas processuais quantas fossem as necessidades carentes de tutela, o que levaria a uma pluralidade de procedimentos especiais irracional, jamais eficaz à tutela dos direitos e à administração da justiça.

Mas, como o direito fundamental de ação incide sobre o legislador, obrigando-lhe a munir o jurisdicionado de técnicas idôneas à tutela dos seus direitos, foram instituídas regras processuais abertas, isto é, regras processuais que outorgam ao jurisdicionado o poder de utilizar a técnica processual conforme as necessidades do direito material e do caso concreto.

São abertas as regras do § 5.º do art. 461, assim como dos §§ 2.º e 3.º do art. 461-A do CPC, pois conferem ao autor o poder de requerer a modalidade executiva adequada ao caso concreto, acabando por permitir a concretização da modalidade executiva conforme as particularidades da tutela do direito a ser prestada.

3.5 A unificação do conhecimento com a execução como conseqüência do direito fundamental de ação

Além de tudo isto, é inegável que a unificação do conhecimento com a execução constitui conseqüência do direito de ação.

Se o direito de ação não é mais o direito a uma sentença sobre o mérito, ou a uma declaração a respeito da afirmação de direito realizada pelo autor, mas sim o direito à preordenação de modalidades executivas idôneas à obtenção das tutelas prometidas pelo direito material, o direito de ação só se contentaria com a cognição, dispensando a execução, caso a tutela do direito material pudesse também dispensar, em toda e qualquer situação, a atividade executiva.

Como isto é impossível, não há como outorgar legitimidade, no Estado contemporâneo, a um processo que se limite a declarar o direito, rejeitando a atividade executiva.

De modo que a unificação do conhecimento com a execução nada mais é do que uma imposição decorrente da compreensão da ação como direito à obtenção da tutela do direito material, para o que não basta a mera declaração, sendo imprescindível a execução.[3]

[3] A Lei 11.232/2005 dispensou a parte que obtém a condenação de executá-la mediante nova ação (a ação de execução). O art. 475-J, instituído por tal lei, afirmou que "caso o devedor,

Além disto, como em alguns casos é lícito ao juiz proferir sentença ilíquida, mas a execução exige que a obrigação reconhecida na sentença seja líquida, pode ser necessário, após a prolação da sentença e antes da execução, um incidente de liquidação da sentença.

Ainda que a doutrina tenha imaginado, diante de outra realidade normativa – anterior à que foi recentemente implementada pela Lei 11.232/2005 –, que a liquidação de sentença fosse uma ação autônoma, que instauraria processo independente do processo em que fora proferida a sentença ilíquida e do processo em que deveria ocorrer a sua execução, a "natureza das coisas" impõe a solução que faz da liquidação um incidente a ser instaurado após ter sido proferida a sentença ilíquida e antes de iniciar a correr o prazo para o cumprimento da sentença e para a sua execução.

A tutela jurisdicional do direito, almejada através da ação, quando requer execução, exige sentença líquida ou, em caso de sentença ilíquida, requer a sua liquidação. Ora, o titular do direito de ação jamais obterá a tutela do direito que ambiciona através de uma sentença ilíquida. A sentença ilíquida não é resposta ao direito de ação, da mesma forma que não há qualquer racionalidade em obrigar ao exercício do direito de ação para liquidar a sentença.[4] Tanto a liquidação, quanto a execução, são conseqüências ou corolários do exercício da ação em que se pede a tutela jurisdicional do direito. Ou seja, a liquidação, assim como a execução, são apenas fases da ação e do processo (únicos) em que se busca a tutela jurisdicional do direito.[5]

condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, *a requerimento do credor* e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação". Agora a condenação deve ser executada no mesmo processo que foi instaurado pela ação que lhe deu origem.

[4] Atendendo a esta idéia, a Lei 11.232/2005 outorgou à liquidação a natureza jurídica de incidente, a ocorrer como fase posterior à sentença e anterior à fase voltada ao seu cumprimento. Diz o art. 475-A, § 1.º, introduzido no CPC por esta Lei: "Do *requerimento* de liquidação de sentença será a parte *intimada*, na pessoa de seu advogado". O CPC agora fala (arts. 475-A, § 1.º) em "requerimento" de liquidação (e não em petição inicial) e em "intimação" da parte contrária (e não em citação). Os conceitos de "requerimento" de liquidação e de "intimação" do devedor deixam claro que o credor não precisa propor ação – que instauraria novo processo – para obter a liquidação. A mesma Lei que instituiu o art. 475-A, § 1.º, revogou o inciso III do art. 520 – que afirmava que cabia *apelação* contra a sentença que julgava a liquidação de sentença – e inseriu o art. 475-H – que diz que "da decisão da liquidação caberá *agravo de instrumento*" –, com o propósito de evidenciar que o processo, após a liquidação, prossegue normalmente, adentrando na fase de execução.

[5] Quando se percebe que a tutela jurisdicional do direito é somente uma, resta claro que deve haver apenas uma ação e um processo, ainda que a tutela jurisdicional do direito exija a fase de conhecimento e possa depender das fases de liquidação e de execução.

4

Técnica Executiva e Tutela dos Direitos

4.1 A sentença dependente de execução

O novo art. 475-N do CPC, ao discriminar os títulos executivos judiciais, apresenta em seu inciso I o conceito de sentença civil dependente de execução. Fala este inciso em "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia".

Em princípio, dada a dicção da norma, que alude a sentença que "reconheça a existência", seria possível pensar que a sentença declaratória teria se tornado passível de execução.

Acontece que a idéia de reconhecer a obrigação tem a ver com o inadimplemento, ou melhor, com a necessidade de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia.

A sentença do art. 475-N, I, do CPC, reconhece o direito ou a obrigação que *falta cumprir*, afirmando a necessidade de sua implementação através da via executiva. Tal sentença, por isso mesmo, não pode ser declaratória, mas sim dependente de execução.

Na realidade, a lamentável confusão que se faz entre sentença declaratória e sentença dependente de execução deita raiz na ignorância acerca da distinção entre sentença e tutela do direito, demonstrando, mais uma vez, a necessidade de se compreender o processo civil a partir da teoria da tutela dos direitos.

4.2 Tutela do direito e sentença

A sentença é apenas uma técnica processual destinada à prestação da tutela jurisdicional do direito. Ou seja, a tutela ressarcitória pelo equivalente ou a tutela do

adimplemento do crédito pecuniário estão para as sentenças declaratória ou condenatória assim como o conteúdo está para o instrumento.

A tutela jurisdicional do direito que não pode ser prestada pela técnica da sentença declaratória, *por necessitar de meios de execução*, obviamente não é uma tutela declaratória, isto é, uma tutela jurisdicional através da qual simplesmente se elimina uma incerteza jurídica.

A *tutela* que necessita "de fazer, não fazer, entrega de coisa ou pagamento de quantia" é uma tutela que não é prestada por uma sentença que basta por si só, como a sentença declaratória – que não pode e não precisa ser executada –, uma vez que exige meios de execução. Tal tutela é prestada *pela sentença e pelos meios executivos*, ou melhor, por uma sentença cuja natureza é delineada com base nos meios de execução que a complementam.

Quando se declara um efeito jurídico que requer uma prestação, evidentemente não há sentença declaratória, já que a declaração é de que a prestação faltante (pagar quantia, por exemplo) deve ser implementada mediante a via executiva.

Portanto, é equivocado pensar que uma sentença que "reconhece uma obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia" constitui uma sentença declaratória. Esta sentença, porque presta uma tutela jurisdicional do direito *que depende de algo*, não pode ser declaratória. Tal sentença prestaria tutela declaratória, como é óbvio, apenas se essa tutela não dependesse "de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia".

A sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, destinando-se a prestar a tutela ressarcitória pelo equivalente, não é declaratória, uma vez que, se natureza declaratória tivesse, *não reconheceria a necessidade do pagamento de quantia para a prestação da tutela jurisdicional do direito.*

De modo que pouco importa se apegar à letra da lei, lembrando que o art. 475-N, I, do CPC, fala em sentença que "reconheça a existência da obrigação", *já que é imprescindível saber qual tutela do direito se objetiva prestar quando se reconhece a existência de obrigação.* Ora, não há qualquer dúvida de que o art. 475-N, I, do CPC, alude a obrigações que ainda devem ser cumpridas, e, assim, a tutelas que necessitam da fase executiva para sua implementação. *A menos que alguém imagine que o autor pode pedir tutela declaratória e o juiz proferir tutela ressarcitória e, por conseqüência, sentença condenatória ou dependente do cumprimento de obrigação de pagar quantia.*

4.3 O sentido da exigência "do fazer, do não fazer, da entrega de coisa e do pagamento de quantia"

As tutelas que não podem ser prestadas pela sentença, necessitando de atividade executiva, são prestadas mediante a sentença do art. 475-N, I, do Código de Processo Civil, que, como visto anteriormente, fala apenas de "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia".

As tutelas que não podem ser prestadas pelas sentenças satisfativas – declaratória e constitutiva – podem exigir, conforme o caso, a imposição de um fazer, de um não fazer, de entrega de coisa ou do pagamento de quantia.

Mas a circunstância de se impor um fazer, por exemplo, não significa que se esteja diante de uma ação que almeja um fazer ou de uma tutela de obrigação de fazer. O fazer, o não fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de quantia *são apenas os meios instrumentais para a prestação da tutela do direito.*

O fazer, o não fazer, a entrega de coisa e o pagamento de quantia não têm qualquer correspondência com as tutelas dos direitos, *podendo qualquer um deles – por exemplo, o fazer – permitir a outorga de várias tutelas jurisdicionais.* Note-se que, impondo-se um fazer, é possível outorgar a tutela específica da obrigação contratual inadimplida ou a tutela ressarcitória na forma específica, sendo que o pagamento de quantia pode servir à tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor da lesão ou à tutela da obrigação de pagar inadimplida. Por outro lado, o mecanismo concreto para a prestação da tutela inibitória consiste, em regra, na imposição de um não fazer.

Melhor explicando: quem deseja determinada tutela jurisdicional do direito pode necessitar de um fazer, de um não fazer, da entrega de coisa ou do pagamento de quantia, *mas isto está muito longe de poder permitir o encobrimento ou o esquecimento da verdadeira natureza daquilo que se busca em juízo.*

4.4 Os meios executivos relacionados ao fazer, ao não fazer, à entrega de coisa e ao pagamento de quantia

Ainda que o fazer, o não fazer, a entrega de coisa e o pagamento de quantia sejam apenas os resultados esperados por quem deseja a tutela do direito, cada um deles se liga a meios de execução diversos.

O não fazer e o fazer têm à sua disposição, além da multa, todo e qualquer meio de execução idôneo e necessário a determinado caso concreto. É o que está expresso nos §§ 4.º e 5.º do art. 461 do CPC, o primeiro relativo ao uso da multa e o segundo autorizando a utilização de qualquer meio executivo necessário, apenas exemplificando com a busca e apreensão e a remoção de pessoas e coisas.

A entrega de coisa pode se valer, conforme o caso, da imissão na posse, da busca e apreensão e da multa.

O pagamento de quantia pode ser obtido mediante as técnicas executivas da execução por expropriação, isto é, mediante penhora, avaliação, expropriação e pagamento do credor. Mas, em casos excepcionais, como o do credor de alimentos, as técnicas executivas são mais incisivas, como o desconto em folha, o desconto de rendas periódicas e até mesmo a prisão.

4.5 A necessidade de pensar os meios de execução a partir das tutelas dos direitos

A legitimidade do uso dos meios de execução não advém apenas da circunstância de se pretender fazer, de não fazer, de entrega de coisa ou de pagamento de quantia. A multa, por exemplo, pode ser utilizada quando se pretende um não fazer, um fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de quantia. Ou seja, os meios de execução, não obstante relacionados a fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia, adquirem legitimidade quando visualizados a partir da tutela do direito almejada com o fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia.

Assim, por exemplo, cabe a busca e apreensão no caso de tutela de remoção do ilícito, uma vez que essa forma de execução pode ser adequada para remover o que não deveria ter sido feito pelo réu, ainda que, nessa hipótese, as circunstâncias concretas possam demonstrar a necessidade de imposição da multa.

Por outro lado, também cabe o uso da busca e apreensão quando se almeja a tutela de recuperação da coisa móvel, mesmo que aí o uso da multa possa ser legitimado, quando não se sabe o local em que se encontra a coisa ou o seu desmonte e transporte possuem alto custo.

A própria tutela inibitória, apesar de, em regra, ser prestada mediante a imposição de um não fazer sob pena de multa, não descarta a possibilidade de, diante das particularidades do caso concreto, ser outorgada mediante a determinação da interdição de uma empresa ou da nomeação de um terceiro para atuar na gerência da fábrica que ameaça praticar o ilícito.

Por fim, os meios de execução tipificados para os casos em que se deseja pagamento de quantia alimentar bem demonstram a necessidade de compreender a tutela do direito que está por detrás do fazer, do não fazer, da entrega de coisa e do pagamento de quantia. Ora, o desconto em folha, o desconto de renda periódica e a prisão somente são admitidos e legitimados porque, *por detrás do pagamento de quantia almejado, existe a prestação de tutela alimentar, ou de tutela do direito que, apesar de requerer pagamento de quantia, não se confunde com a tutela da obrigação pecuniária inadimplida, por exemplo.*[1]

[1] "A distinção entre tutela e técnica processual para a verificação da adequação do processo às necessidades do direito material obriga a análise das várias espécies de tutelas pecuniárias, aí compreendidas a tutela específica de pagar dinheiro em virtude de contrato ou de lei, a tutela pelo equivalente ao valor do dano ou da obrigação, a tutela de alimentos e a tutela pecuniária antecipada. Tais tutelas representam necessidades diferentes, às quais, dessa forma, devem corresponder técnicas processuais diferenciadas. Apontando-se essas distintas necessidades se conseguirá justificar a razão do uso de técnicas processuais executivas diferenciadas. Os alimentos não podem ser confundidos com a simples tutela específica de pagar dinheiro derivada de lei (dívida em relação à Fazenda Pública) ou de contrato, ou mesmo com a tutela ressarcitória pelo equivalente. Os alimentos, como não poderia ser de outra forma, têm características inconfundíveis quanto à necessidade do credor. Perceba-se que a alusão às diferentes necessidades do credor de pecúnia, ou às diversas tutelas pecuniárias, tem exatamente o objetivo de deixar claro que a técnica processual executiva deve se modificar na medida em que tais necessidades se distanciam" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 607 e ss.).

Se o meio de execução adequado é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, devendo ser instituído pelo legislador ou – quando assim lhe autoriza a regra processual de caráter aberto – ser objeto de opção do juiz diante das particularidades do caso concreto, não há como desvincular o meio executivo da tutela do direito, seja para se verificar se esta é idônea à proteção do direito material, seja para analisar se esta, apesar de idônea, é a que causa a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.

4.6 Os efeitos jurídicos declarados nas sentenças e as tutelas dos direitos

Cristina Rapisarda, como apoio em Vittorio Denti, elaborou uma classificação das tutelas fundada na diversidade dos efeitos materiais declarados, afirmando que determinados provimentos realizam autônoma e integralmente a tutela concedida pela norma à *fattispecie* substancial declarada, enquanto outros, determinando o surgimento de obrigações de adimplemento, requerem, para atuação da garantia ligada pela norma à *fattispecie* substancial que se declara, ulteriores atividades que devem se desenvolver fora do processo.[2]

A sentença que depende de execução, na doutrina de Denti, declara um efeito jurídico no *plano do direito material*,[3] no sentido de que uma obrigação deve ser adimplida. Como dessa obrigação decorre uma prestação, afirma Rapisarda que o seu conteúdo deve ser tomado em consideração para a classificação das tutelas jurisdicionais.[4]

[2] "Em síntese, a tutela *dichiarativa* pode ser dita satisfativa quando a utilidade conferida pela norma substancial na *fattispecie* declarada coincide com o efeito jurídico declarado pelo provimento judicial. Assim é, por exemplo, na hipótese contemplada pelo art. 949, I, CC [italiano], em que a tutela concedida ao proprietário se resolve na declaração, em sede judicial, da 'inexistência dos direitos afirmados por outros sobre a coisa'; ou mesmo nas hipóteses dos arts. 1.453, 1.467, 1.492 e 1.497, CC, em que a tutela do contratante se realiza com a declaração judicial do efeito resolutivo do contrato, quando a *fattispecie* esteja integrada, respectivamente, pelos elementos do inadimplemento, da excessiva onerosidade, dos vícios redibitórios ou da falta da qualidade essencial da coisa vendida. A tutela *dichiarativa* é, ao contrário, não-satisfativa, quando o efeito jurídico declarado, determinando o surgimento de obrigações de adimplemento, requer, para atuação da garantia ligada pela norma à *fattispecie* substancial declarada, uma ulterior atividade que deve se desenvolver fora do processo e por obra do obrigado" (Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 232-233). Ver Vittorio Denti, *Flashes* su accertamento e condanna. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 256 e ss.; Aldo Frignani, Azione. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 4, p. 1 e ss.

[3] Vittorio Denti, *Flashes* su accertamento e condanna, cit., p. 256 e ss.; Aldo Frignani, Azione, cit., v. 4, p. 1 e ss.

[4] Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 233.

Denti, ao afirmar que o efeito jurídico declarado na sentença consiste em uma obrigação de adimplir, esquece que algumas situações de direito substancial não se compadecem com o efeito jurídico que seria próprio à condenação a uma prestação.

Note-se, por exemplo, que a sentença de reintegração de posse, na teoria de Denti, ao declarar a *fattispecie*, deveria declarar a ilegitimidade da posse do réu e a reintegração de posse, razão pela qual a sentença não poderia se limitar a declarar uma obrigação de adimplemento e a sua correspondente prestação. Na doutrina de Denti, fala-se em declaração de um efeito jurídico, que é conseqüente ao preenchimento das condições necessárias ao surgimento da *fattispecie*. Ora, para a tutela de reintegração de posse, que é a tutela outorgada pelo direito material àquele que teve a sua posse esbulhada, falta apenas a retirada de algo que está contrariamente ao direito na esfera jurídica do demandado, investindo o autor na sua posse. O efeito jurídico declarado apenas pode ser esse. Por essa razão se declararia a reintegração de posse, restando a imediata reintegração do autor na posse esbulhada e não uma prestação a ser cumprida pelo réu.

Na realidade, como é fácil perceber, a declaração do efeito jurídico nada mais é do que a declaração do que falta para que a tutela seja integralmente prestada – já que a tutela, nesses casos, necessita de ulterior atividade executiva. Bem por isso que, na dimensão da doutrina de Denti, a tutela inibitória declara um dever de não violar o direito.

Não obstante, para se responder ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a declaração da necessidade da observância do dever de não violar não é suficiente, sendo necessária a existência de meios executivos capazes de impor o cumprimento deste dever e, assim, realmente prestar a tutela inibitória. Ou melhor, a tutela jurisdicional que necessita, como percebeu Denti, de atividades posteriores à declaração posta na sentença, exige, em atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a predisposição dos meios de execução idôneos à prestação da tutela.

Na verdade, a sentença que reconhece uma obrigação – nos termos do art. 475-N, I, do CPC – *declara um efeito jurídico no plano do direito material, no sentido de que uma tutela deve ser prestada mediante a implementação de uma determinada obrigação de fazer etc.*

De modo mais preciso: a declaração não é de ausência de prestação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia, mas sim de *um efeito jurídico ou de uma tutela jurisdicional do direito que requer a imposição de fazer, não fazer, entrega de coisa ou pagamento de dinheiro.*

Ou seja, quando a decisão impõe fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de dinheiro, o juiz atua objetivando prestar uma determinada espécie de tutela do direito. O efeito jurídico declarado no plano do direito material, assim, não é de que deve ser cumprido um não fazer, por exemplo, mas sim de que deve ser prestada a tutela inibitória etc.

5

As Formas de Execução

5.1 Noção de execução

É freqüente, na doutrina clássica, ouvir falar de execução como a transferência de valor jurídico do patrimônio do réu para o do autor. Isto está correto quando se pensa na execução que objetiva o pagamento de dinheiro ou de qualquer prestação que envolva a transferência de patrimônio, bem como da coisa imóvel ou móvel, seja em virtude de direito real ou obrigacional.

Há casos, porém, em que, para a efetivação da tutela jurisdicional do direito, não se retira qualquer patrimônio do demandado. Assim ocorre quando se efetiva a tutela que impede a prática de ato contrário ao direito e, especialmente, quando é efetivada a tutela que remove os efeitos concretos derivados de ato contrário ao direito.

É certo que se poderia argumentar que, quando se inibe a prática de um ato, já se retira algo do patrimônio do demandado, aludindo-se à tutela que impede a violação da propriedade ou da posse (o chamado interdito proibitório; CPC, arts. 932-933). Nesse caso, é possível dizer que aquele que foi impedido de tomar posse da coisa teve o seu patrimônio vulnerado.

A execução foi originariamente concebida a partir de valores nitidamente patrimonialistas, com a nítida preocupação de viabilizar a transferência de riquezas de um patrimônio ao outro, considerando, de forma especial, a relação jurídica que se dá entre o credor e o devedor.

Note-se que, nesta dimensão, compreende-se "patrimônio" como conjunto de bens dotados de valor de troca ou de valor que imediatamente se expressa em pecúnia. Não se fala de patrimônio em sentido lato, ou de "patrimônio moral".

Por isso, não haveria como se entender que a tutela que inibe a prática de ato contrário ao direito para, por exemplo, manter íntegra norma de proteção do meio ambiente ou de proteção à saúde, é "executada".

Tampouco seria "executada" a tutela de remoção do ilícito cujo objetivo é o de atuar ou fazer valer o desejo da norma de proteção de direito fundamental, eliminando ou removendo os efeitos concretos derivado da conduta (ilícita) que abre oportunidade ao dano.

A intenção destas tutelas inibitória e de remoção do ilícito está muito distante da nítida preocupação da doutrina que concebeu a execução, uma vez que o seu intuito, obviamente, não é o de transferir riqueza do patrimônio do devedor ao patrimônio do credor.

Portanto, a execução, no Estado constitucional, não pode ser reduzida a um ato de transferência de riquezas de um patrimônio a outro, devendo ser vista como a forma ou o ato que, praticado sob a luz da jurisdição, é imprescindível para a realização concreta da tutela jurisdicional do direito, e assim para a própria tutela prometida pela Constituição e pelo direito material.

Deixe-se claro que, toda vez que a tutela jurisdicional do direito requer ato ulterior à prolação da sentença, exista ou não prestação a ser cumprida (respectivamente, por exemplo, devedor de obrigação creditícia e réu na ação de reintegração de posse), há execução.

Isto não quer dizer que exista execução nas tutelas constitutivas que dependem de ulterior atividade de notário público, como ocorre quando é desconstituído o casamento e, em seguida, há a sua anotação em cartório. A anotação da desconstituição do casamento não é execução, uma vez que a tutela desconstitutiva é prestada pela sentença, que para tanto é bastante, independendo de qualquer atividade posterior.[1]

5.2 Execução direta e execução indireta

A doutrina clássica também faz a distinção entre execução direta e execução indireta, afirmando que esta última não é propriamente execução.

A distinção decorre do fato de a execução ser concebida como o ato jurisdicional que substitui a vontade do devedor, fazendo com que o direito seja realizado

[1] Está correto Ovídio Baptista da Silva quando diz que não há verdadeira execução de sentença quando o destinatário da ordem, em cumprimento ao mandado judicial, realiza a anotação no respectivo registro (Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 26). Note-se que aquele que realiza o registro sequer tem relação jurídica com o autor, não estando obrigado a nada ou devendo qualquer coisa diante dele.

independentemente do adimplemento. Fala-se, nesse caso, de execução forçada, isto é, de realização forçada do direito, exatamente por ser alheia à vontade do devedor. Exemplo é a penhora e a alienação de bem do devedor, com a sua transformação em dinheiro para o pagamento do credor.

A execução indireta, também chamada de coerção indireta, não realiza, por si só, o direito material, mas apenas atua sobre a vontade do devedor com o objetivo de convencê-lo a adimplir. Constitui exemplo de execução indireta o emprego da multa, com a finalidade de constranger o demandado ao cumprimento.

Tal diferença levou a doutrina clássica a entender que a coerção indireta – por exemplo, a multa – não constituía execução propriamente dita. A execução, como já dito, teria a qualidade de realizar o direito independentemente da vontade do devedor. Assim, objetivando destacar a distinção entre a execução e as formas de pressão sobre a vontade do devedor, a doutrina exprimiu-se através das fórmulas da "execução direta" e da "execução indireta".

Não obstante, se o que importa, para a jurisdição bem cumprir o seu dever, é a efetividade da tutela dos direitos, e essa apenas pode – ou, em outros casos, melhor pode – ser efetivada caso o demandado seja convencido a cumprir a decisão, não há como se negar que a coerção indireta ou a multa constituem autênticas formas de execução. Trata-se, indubitavelmente, de formas de execução da tutela jurisdicional dos direitos, ainda que formas de execução distintas, *o que evidentemente recomenda a manutenção da distinção entre elas, e assim o emprego dos qualificativos direta e indireta, mas com o grifo de que ambas constituem formas de execução das tutelas jurisdicionais,* especialmente daquelas imprescindíveis ao Estado constitucional, como a tutela inibitória (que, em regra, é imposta mediante ordem de não fazer sob pena de multa) e a tutela ressarcitória na forma específica (que se impõe mediante um fazer sob pena de multa).

5.3 Execução frutífera e execução infrutífera. A importância da distinção para a compreensão do significado de tutela jurisdicional do direito

A relação execução frutífera-execução infrutífera é ligada ao crédito pecuniário ou às tutelas pelo equivalente ao valor da lesão ou da obrigação, quando resta fácil explicar que, apesar de a sentença reconhecer um direito de crédito, ela pode não ser realizada em razão da inexistência de bens penhoráveis no patrimônio do devedor.

Fala-se, neste exato sentido, em execução infrutífera, em contraposição à execução frutífera. A execução infrutífera é aquela que, apesar de fundada em sentença (ou outro título executivo) não contestada, não permite a satisfação do direito em razão da insuficiência de bens no patrimônio do devedor. Ao contrário, a execução frutífera é a que encontra frutos no patrimônio do réu, permitindo a realização do direito mediante a expropriação de bens.

Entretanto, a sentença, apesar de voltada à tutela específica do direito, também pode não ser executada de forma frutífera. Não se está tratando, nesse momento, da questão da conversão da tutela específica do direito material em tutela pecuniária, o que ocorre quando é inviável, em termos concretos e práticos, a tutela específica do direito material. O que se está dizendo é que a tutela jurisdicional, seja específica ou pelo equivalente, pode não ser realizada, apesar de ser prestada.

É preciso não esquecer que ter direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é ter direito às técnicas processuais idôneas à obtenção da tutela prometida pelo direito material. Ou seja, para a prestação da tutela ressarcitória pelo equivalente é preciso apenas que a sentença seja ligada aos meios de execução adequados, embora tal tutela seja infrutífera quando não satisfeita, devido à inexistência de bens penhoráveis.

O mesmo ocorre com a tutela específica, como é o caso da tutela inibitória. A tutela inibitória é prestada quando à sentença é ajuntado o meio executivo idôneo ao caso concreto, na forma do § 5.º do art. 461 do CPC. Se a multa, acoplada à sentença, não é capaz de convencer o demandado a não fazer, isto é, a não violar o direito, isto não quer dizer que a tutela inibitória não tenha sido prestada, mas apenas que a tutela inibitória prestada não foi frutífera.

5.4 Atuação executiva mediante o constrangimento da vontade do devedor

5.4.1 Execução através de multa

5.4.1.1 Primeiras observações

À época do direito liberal, em razão dos princípios de defesa da liberdade e da autonomia da vontade, negou-se ao juiz a possibilidade de utilizar qualquer meio executivo destinado a convencer o réu a realizar algo contra a sua vontade.

Nessa linha, foi expressamente vedada a utilização da multa para convencer o demandado a não fazer ou a fazer. O Código Napoleão afirmou expressamente, em seu art. 1.142, que toda obrigação de fazer ou de não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor. Não havia como se obter a tutela em natura da prestação inadimplida, mas apenas a sua conversão em dinheiro, até porque o Estado, nesta época, não estava preocupado em garantir ao credor o bem objeto do contrato, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, para o que bastava uma sanção negativa, como a nulidade ou o pagamento do equivalente em pecúnia.[2]

[2] O direito liberal-clássico estava preocupado com a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado. É por isso que, diante do direito constitucional de origem liberal-burguesa, pensava-se em direito de defesa apenas em relação ao Estado. Nessa época, ao contrário do que ocorre hoje, o Estado era visto na qualidade de "inimigo público". Em razão disso, imaginava-

É certo que, mais tarde, a própria prática dos juízes franceses, contra a lei, acabou assumindo a necessidade da utilização da multa para atuar sobre a vontade do inadimplente, quando surgiu a figura das *astreintes*,[3] forma através da qual o juiz impõe o pagamento de uma soma em dinheiro para a hipótese de não cumprimento da decisão[4] ou da sentença.

5.4.1.2 A natureza da multa diante do ressarcimento

As *astreintes* têm uma peculiaridade, pois por muito tempo lhes foi atribuída a natureza de indenização, mediante uma evidente confusão entre ressarcimento do dano e multa voltada a constranger ao cumprimento da decisão. Tal confusão,

se que, para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos ou em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., capítulo 1, item 1.3). Ver Henri Mazeaud, León Mazeaud e André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, v. 3, p. 640-641; Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 34 e ss.

[3] Na França, a partir de intenso movimento jurisprudencial, surgiu a Lei 72.226, de 5 de julho de 1972, que teve o mérito de ter fornecido um fundamento geral e preciso às *astreintes*. Atualmente, em vista da Lei 91-650, de 9 de julho de 1991, é possível dizer que o ordenamento francês traça com bastante precisão os contornos dessa figura, evidenciando as suas características e a forma de sua atuação. Deixa-se claro no primeiro artigo da Seção 6, do Capítulo II da Lei 91-650, de 9 de julho de 1991, intitulada "L'astreinte", que "todo juiz pode, mesmo de ofício, ordenar uma *astreinte* para assegurar a execução de sua decisão" (art. 33); e afirma-se, logo no artigo subseqüente, que a "*astreinte* é independente da indenização". Não há dúvida, portanto, acerca do caráter coercitivo da *astreinte*, já que ela não se confunde com a indenização *(dommages-intérêts)* e é, segundo a expressa disposição do referido art. 33, destinada a assegurar a execução das decisões judiciais (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.1). Ver Henri Mazeaud, León Mazeaud e André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, cit., v. 3, p. 640; Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité de droit civil*, p. 591; Jean Carbonnier, *Droit civil – Les obligations*, v. 4, p. 587; Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo, Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive). *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 13, p. 6.

[4] Há na França, ainda, uma interessante modalidade de *astreinte*, que é chamada de endoprocessual. Com a reforma do Código de Processo Civil francês, a *astreinte* também passou a ser utilizada como meio de coação ao adimplemento de obrigações processuais; a *astreinte* endoprocessual, segundo a doutrina, é importante meio de coerção nos casos em que a parte ou um terceiro deixa de atender às determinações do juiz em matéria de prova (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.1). Ver Angelo Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, p. 71-101; Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo, Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive), cit., p. 6.

na verdade, apenas foi dissipada em meados do século passado, quando a Corte de Cassação francesa deixou claro o objeto e a razão de ser de uma e outra.[5]

É claro que, quando se faz a confusão entre ressarcimento e multa, está se pensando em ressarcimento pelo equivalente em pecúnia, e não em ressarcimento na forma específica, ou seja, naquele que se dá mediante um fazer ou de entrega de coisa em substituição à destruída.

Porém, ressarcir pelo equivalente significa responder por um dano mediante dinheiro. Esta finalidade nada tem a ver com a da multa. A multa não objetiva dar algo ao lesado em troca do dano, ou mais precisamente, obrigar o responsável a indenizar o lesado que sofreu o dano.

O § 2.º do art. 461 do CPC é expresso ao dizer que "a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa", reafirmando o que já dizia o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, com isto deixando claro que a multa é devida independentemente de também poder ser devido o valor da indenização.

Esclareça-se que, em alguns casos, a tutela jurisdicional pode depender da multa sem que o autor sequer tenha pedido ressarcimento pelo equivalente. É o caso, por exemplo, da tutela inibitória, destinada a evitar a violação do direito. Esta tutela, para ser efetivada, em regra depende da imposição de multa para que o demandado seja realmente constrangido a não violar, mas não almeja, nem de longe, qualquer indenização em pecúnia.

O fato de a multa poder não surtir o efeito de convencer o demandado a cumprir a decisão, e assim transformar-se em sanção pecuniária devida pelo inadimplente, obviamente não significa que ela possa servir para indenizar o dano. A sanção pecuniária não tem qualquer relação com o dano, pois a este basta unicamente o ressarcimento.

5.4.1.3 O destinatário do valor da multa

O fim da multa é convencer o demandado a cumprir a decisão. Quem está por detrás do benefício que pode ser outorgado pela multa, portanto, não é o lesado ou o autor, mas sim o Estado.

Não obstante, o direito francês, no que é seguido por parte do direito europeu e pelos direitos brasileiro e argentino, conservou a idéia, própria ao ressarcimento, de que o valor da multa, em caso de inadimplemento, deve ser carreada à parte e não ao Estado.[6]

[5] É sabido que os tribunais franceses confundiram, por muito tempo, a *astreinte* com o ressarcimento do dano. Somente em 1959 a Corte de Cassação francesa colocou fim a essa antiga confusão, que foi definitivamente sepultada com a já mencionada Lei 72.226, de 5 de julho de 1972 (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.3). Ver Paolo Cendon, Le misure compulsorie a carattere pecuniario. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, p. 298.

[6] A multa, no direito francês e nos países signatários da Convenção Benelux de lei uniforme sobre a *astreinte* (Bélgica, Holanda e Luxemburgo), deve ser atribuída ao próprio autor. A respeito

Aliás, a tese de que o valor da multa deve ser dirigido ao Estado é adotada pelo direito alemão, diante de sua visão nitidamente publicista, ou seja, de que a multa é voltada à defesa da autoridade do Estado-Juiz.[7]

Em termos lógicos jurídicos, parece não haver dúvida de que a multa deva reverter para o Estado, uma vez que não há racionalidade em o lesado receber valor que não diz respeito ao dano sofrido.[8] O dano deve ser ressarcido, e para tanto serve o ressarcimento em pecúnia, não existindo motivo para se admitir que, ao lado do ressarcimento, o lesado receba o valor da multa devida em razão da não observância da decisão judicial.

De qualquer forma, é preciso admitir que o direito brasileiro, diante do teor do art. 461 do CPC, que afirma que "a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa", entende que, assim como a indenização, a multa é devida ao autor.[9]

5.4.1.4 A multa e os fazeres infungível e fungível

Por outro lado, discute-se se a multa apenas pode incidir diante de obrigações infungíveis, isto é, que apenas podem ser cumpridas pela pessoa do obrigado, ou também em face de obrigações que podem ser adimplidas através da intervenção

do direito argentino, ver] Luis Ramon Madozzo, Derecho procesal civil: medidas conminatorias, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 156.

[7] No direito alemão, não há dúvida de que a multa deva reverter para o Estado, uma vez que prevalece de forma nítida a idéia de que esta sanção tem o objeto de reprimir a violação da autoridade estatal.

[8] "Não parece que o fato de o Estado poder ser o próprio devedor da multa possa se constituir em argumento favorável à tese de que a soma resultante da sua aplicação deva ser dirigida ao autor. Nesse caso, que é exceção, basta que se preveja o encaminhamento da multa para um fundo. Lembre-se de que no direito francês o *Conseil d'État* pode impor a *astreinte* contra as pessoas jurídicas de direito público e, ao mesmo tempo, determinar que parte de seu montante seja atribuída 'au fonds d'équipement des collectivités locales'. No direito italiano, por outro lado, um projeto de 1975 (que não teve êxito), mandava acrescentar ao Código de Processo Civil italiano a seguinte norma (art. 279-*bis*): 'A sentença que declara a violação de uma obrigação de fazer ou de não fazer, além de tratar do ressarcimento do dano, ordena a cessação do comportamento ilegítimo e confere os oportunos provimentos a fim de que venham eliminados os efeitos da violação; para tal fim pode fixar uma soma devida por cada violação ou inobservância sucessivamente constatada, e por cada dia de atraso na execução dos provimentos contidos na sentença, especificando os sujeitos, ou mesmo as instituições públicas ou privadas, a quem estas somas devem ser atribuídas'" (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.5). Ver Giuseppe Tarzia, Presente e futuro delle misure coercitive civili, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 806. Também entendendo que a multa deve ser destinada ao Estado, ver Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 369-378.

[9] Ver Sérgio Bermudes, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 53; J. E. Carreira Alvim, *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, p. 121-122.

de um terceiro. Ou seja, pergunta-se se há alternatividade, no que diz respeito ao meio de execução, entre obrigação infungível e obrigação fungível, uma vez que a última pode ser cumprida independentemente da presença da vontade do obrigado. Com efeito, há quem sustente que as obrigações que podem ser cumpridas por um terceiro, por não necessitarem de coerção sobre a vontade do obrigado, não podem se valer da multa.[10]

Porém, não há qualquer fundamento lógico para se afirmar que a previsão de meios típicos de execução por sub-rogação implica a exclusão da execução sob pena de multa. Como adverte Sergio Chiarloni, haveria, no máximo, um fundamento histórico, que poderia ser retirado do fato de que algumas medidas executivas indiretas, em certos ordenamentos – como o alemão –, sempre foram admitidas apenas onde a execução por sub-rogação não se mostra adequada. Contudo, mesmo esse tipo de argumentação cai por terra quando se observa que há muito tempo, no ordenamento francês, que é aquele que serve de modelo – inclusive em termos históricos – às investigações teóricas preocupadas com a incidência da multa ou das *astreintes*, tais formas de execução podem ser cumuladas e coexistem pacificamente.[11]

Esclareça-se, aliás, que não é verdade que os tribunais franceses tenham caminhado no sentido de excluir o emprego das *astreintes* nas hipóteses contempladas pela execução por sub-rogação. Como explica Chiarloni,[12] a prática jurisprudencial das *astreintes* afirmou-se também no que diz respeito às obrigações em relação às quais a execução por sub-rogação é prevista, revelando-se assim errônea, caso entendida em sentido absoluto e não como simples representação de uma linha de tendência, a afirmação segundo a qual as *astreintes* são buscadas somente quando é impossível obter o resultado do adimplemento mediante a execução forçada.[13]

Diante do atual contexto da justiça civil e das novas relações sociais, não há qualquer motivo para pensar que a execução realizada forçadamente pelo Estado, independentemente da vontade do réu, é melhor ou mais adequada do que a execução sob pena de multa, cujo fim é convencer ao cumprimento.[14]

A execução sob pena de multa é mais rápida, barata e simples[15] do que a execução que depende do encontro de terceiro para fazer o que deveria ter sido feito pelo réu, ou mesmo do que a execução que é realizada por um agente ou oficial da jurisdição.

[10] Também chamada de coerção indireta patrimonial, em diferenciação à prisão, denominada de coerção indireta pessoal.

[11] Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, p. 15-16.

[12] Idem, p. 16.

[13] Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.19.

[14] Não obstante, de acordo com a doutrina argentina, "las sanciones conminatorias no proceden cuando el deber, obligación y prestación exigida, pueda obtenerse por otros carriles procesales" (Luis Ramon Madozzo, Derecho procesal civil: medidas conminatorias, cit., p. 156).

[15] "L'impiego di misure coercitive anche quando sia possibile l'esecuzione in forma specifica è d'altronde opportuno in quanto, operando nel senso di indurre l'obbligato all'adempimento,

Não é justo obrigar o autor a adiantar as despesas necessárias ao fazer quando é o réu que deve. Obrigar o autor a pagar para o terceiro fazer, reservando-se a ele o direito ao ressarcimento da quantia despendida, implica uma verdadeira irracionalidade. Ora, se é verdade que não há sentido em se executar o réu por quantia certa para somente depois se iniciar a execução do fazer, isto significa que a melhor opção, mesmo na hipótese de fazer fungível, é o emprego da multa.

Quando se diz que a obrigação infungível deve ser tutelada através de multa, não se quer dizer que *apenas* esta espécie de obrigação pode ser tutelada desta forma, mas sim que a obrigação infungível *somente* pode ser tutelada mediante a imposição de multa.[16] Se todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva – efetividade que poderia ser comprometida caso a execução tivesse que ser feita necessariamente, na hipótese de obrigação fungível, através da execução forçada ou por sub-rogação –, e se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, não há como admitir que a tutela jurisdicional que implica em um fazer fungível não possa ser executada através de multa.[17]

5.4.1.5 Limite do valor da multa

A multa deve incidir de maneira a convencer o demandado, não estando limitada pelo valor do dano ou pelo valor da prestação inadimplida.

Aceita-se, de maneira pacífica, a tese de que o valor da multa pode superar o da prestação,[18] exatamente porque a sua finalidade é a de convencer ao cumprimento da prestação e não a de dar ao credor o seu valor equivalente.[19]

consente di evitare il ricorso ai procedimenti di esecuzione diretta, con le relative complicazioni e perdite di tempo" (Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo, Esecuzione forzata, cit., p. 11).

[16] Ver Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo, Esecuzione forzata, cit., p. 2; Michele Taruffo, Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione, p. 635 e ss.

[17] Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.19. O STJ já decidiu neste sentido: "Processual. Preclusão. Cominação. Desobediência. Multa. Cobrança. *Reformatio in pejus*. I. Só é lícito ao tribunal conhecer de ofício, antes de proferida a sentença de mérito, as questões a que se refere o CPC, nos incisos IV, V e VI do art. 267. Fora disso opera-se preclusão, tanto mais quando há perigo de *reformatio in pejus*. II. *O art. 461 do CPC não impede a imposição de multa diária para o cumprimento de obrigação fungível*. III. Não é fungível a obrigação de abster-se na prática de determinado ato. Não se concebe que alguém se abstenha em lugar de outra pessoa. IV. O 'prazo razoável' de que cuida o § 4.º do art. 461 do CPC não se refere às obrigações de se abster na prática de determinado ato" (STJ, 3.ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp 521184, *DJ* 24.08.2004).

[18] STJ, 3.ª T., REsp 43389/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* 25.04.1994, p. 9.252; STJ, 3.ª T., REsp 8065/SP, rel. Min. Cláudio Santos, *DJU* 23.09.1991, p. 13.080.

[19] A partir do Código de Processo Civil de 1973 – deixando de lado o art. 1.005 do Código de Processo Civil de 1939 –, a doutrina brasileira passou a entender que a multa não sofre limitação pelo valor da prestação. O Código de Processo Civil de 1973, ao referir-se à multa cominatória, não fez qualquer limitação a seu valor. O art. 644, em sua redação anterior à Lei 8.953/94, afirmava

Como é intuitivo, a multa, para poder convencer, deve ser fixada em montante que seja suficiente para fazer o réu acreditar que é mais conveniente cumprir a obrigação a desconsiderar a ordem do juiz. No caso em que há prestação (dotada de valor patrimonial) a ser cumprida, a multa, para ter efetividade, obviamente tem que ser fixada em valor superior ao valor equivalente à prestação, isto é, ao que teria que ser pago pelo réu em compensação ao não adimplemento. Por outro lado, tratando-se de ação através da qual não se almeja uma prestação obrigacional de fazer ou coisa móvel ou imóvel, não há como sequer se imaginar a limitação do valor da multa. É o que acontece diante das ações inibitória e remoção do ilícito, mediante as quais não se pede uma prestação dotada de valor de troca.

5.4.1.6 *Critérios para a definição do valor e da forma temporal da multa*

Como dito, o objetivo da multa é o de vencer a resistência do réu, convencendo-o a adimplir, com a nítida finalidade de dar efetividade às decisões judiciais. Por este motivo, a multa deve ser imposta em montante suficiente para fazer o réu cumprir a decisão, considerando o valor em litígio e a capacidade econômica daquele a quem é dirigida.[20]

---

o seguinte: "Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz". O silêncio do legislador acerca da limitação do valor da multa foi interpretado pela doutrina como uma verdadeira exclusão da sua limitação. Atualmente, em face do art. 461 do CPC, não há mais qualquer dúvida acerca da possibilidade de a multa exceder ao valor da prestação. Tal norma, na verdade, estando completamente atrelada à idéia de que a tutela específica é imprescindível para a realização concreta do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, não faz qualquer limitação ao valor da multa (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.4). Ver Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 355-360; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, p. 194-196.

[20] "Na fixação do valor da multa, é importante considerar a capacidade econômica do demandado. Lembre-se de que o art. 37 do CPC argentino afirma que a multa deve ser graduada 'en proporción al caudal económico' daquele a que se dirige. A mesma preocupação está presente no berço das *astreintes*, ou seja, no direito francês, onde a Corte de Cassação já decidiu que o valor da *astreinte* deve ser estabelecido de acordo com o potencial econômico de quem deve suportá-la. De fato, como diz Paolo Cendon, a *astreinte* é modelada com base em parâmetros 'tipicamente subjetivos – a capacidade de resistência do obrigado, o grau da sua culpa, *as suas condições econômicas*'. O juiz, ao considerar a capacidade econômica do réu, não deve limitar-se a analisar seu patrimônio imobilizado, mas tudo o que indique sua verdadeira situação financeira, como, por exemplo, o salário que é por ele auferido" (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.4). Ver Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 355-360; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 194-196; Luis Ramon Madozzo, Derecho procesal civil: medidas conminatorias, cit., p. 156-158; Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo, Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive), cit., p. 6; Paolo Cendon, Le misure compulsorie a carattere pecuniario, cit., p. 297.

Além disto, embora o art. 461 do CPC fale em "multa diária" (§ 4.º) e em "multa por tempo de atraso" (§ 5.º), não há como deixar de admitir a sua imposição em valor fixo, para convencer o réu a não praticar ato contrário ao direito e a não voltar a praticá-lo.

Caso fosse feita uma interpretação literal acerca do modo de operação da multa, seria obrigatória a conclusão de que a multa apenas pode ser utilizada após a prática do ilícito. Nesse caso, o único objetivo da multa, diante da ameaça de ilícito, seria o de constranger o demandado a cessar a atividade ilícita, não se viabilizando a tutela inibitória destinada a impedir a prática e a repetição do ilícito. Ora, isto significaria negar as mais importantes formas de tutela específica do direito, obviamente garantidas pelo direito material e por várias normas constitucionais, além de inerentes ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Perceba-se, ademais, que a "multa diária" somente é efetiva quando o ilícito já foi praticado, temendo-se a continuação da atividade contrária ao direito. Como é óbvio, para o caso em que se teme a prática ou a repetição do ilícito, e não simplesmente a sua continuação, a multa diária não é adequada, devendo necessariamente ser estabelecida em valor fixo.

Portanto, não há como pensar que o Código de Processo Civil proíbe a tutela que tem por fim impedir a prática ou a repetição do ilícito, como é o caso da tutela que objetiva impedir que notícia lesiva à honra de determinada pessoa seja – ou volte a ser – divulgada.

Aliás, é preciso ter presente que o art. 461, § 5.º do CPC outorga ao juiz o poder de fixar a medida executiva necessária ao caso concreto, o que, por si só, afasta a idéia de que a multa não pode ser utilizada para impedir a prática e a repetição do ilícito.

Ou seja, a alusão à "multa diária" e à "multa por tempo de atraso", feitas no art. 461, §§ 4.º e 5.º, do CPC, não impede que a multa seja empregada de outra forma, pois o que deve servir de parâmetro para a fixação da multa capaz de permitir a tutela específica dos direitos são as características do caso concreto apresentado ao juiz.

De outro lado, embora a multa por tempo de atraso possa ser fixada na forma diária, não há motivo para eliminar a possibilidade da sua fixação semanal ou mensal. Não há razão para descartar, ainda, a imposição da multa em valor progressivo, capaz de aumentar na proporção do tempo de atraso no cumprimento, e, assim, diante da capacidade de resistência do demandado.[21] No caso em que a multa é fixada por "tempo

---

[21] "Ainda que as normas dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC guardem silêncio quanto à possibilidade da fixação de uma multa progressiva, nada impede que o juiz a fixe com este caráter, à semelhança do que ocorre no direito argentino, onde, segundo o que dispõe o próprio art. 37 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, o juiz pode 'imponer sanciones pecuniarias, compulsivas y *progresivas*'. Como esclarece Luis Ramon Madozzo em comentário a este artigo, 'dado el fin perseguido', tais *sanciones* 'pueden ser progresivas, es decir, fijada en una pequeña suma diaria, *pueden ser aumentadas a medida que el conminado resiste la conminación*" (cf. Luiz

de atraso", é plenamente coerente estabelecer a multa em valor progressivo, fazendo com que ela se torne mais intimadora quanto maior for a resistência do réu.

A circunstância de o art. 461, § 6.º do CPC autorizar o juiz a "modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva" – mesmo que de ofício –, certamente não impede que a multa seja fixada desde logo na forma progressiva.[22] Considerada a finalidade da multa e a possibilidade – que é inerente à sua utilização – de o devedor resistir à pressão que ela tem por fim exercer, é até mesmo aconselhável que o juiz fixe uma multa que aumente progressivamente com o passar do tempo. O fluir do tempo sem o adimplemento do réu evidencia sua capacidade de resistência, e, se o objetivo da multa é justamente quebrar esse poder de resistir, nada mais natural do que sua fixação em caráter progressivo.[23]

5.4.1.7 *Eficácia da multa*

A multa produz efeitos desde o momento em que a decisão e a sentença produzem efeitos. Isto quer dizer que, se a multa é fixada para dar efetividade à tutela antecipatória (art. 273 do CPC), os seus efeitos são imediatos, já que a decisão que concede tutela antecipatória igualmente produz efeitos imediatamente.[24]

A sentença, quando não produz efeitos imediatos – o que é regra no sistema do Código de Processo Civil, conforme o art. 520 do CPC –, não permite que a multa a ela agregada também produza efeitos imediatos. A multa fixada na sentença somente produz efeitos imediatos quando o recurso de apelação é recebido no efeito apenas devolutivo, permitindo, assim, que a sentença e, por conseqüência, a multa tenham efeitos imediatos.

Se o relator do recurso de agravo de instrumento, interposto contra a decisão que concedeu tutela antecipatória, recebe-o no efeito suspensivo (arts. 527, III e 558, do CPC), a multa deixa de produzir efeitos. O mesmo acontece quando, embora recebido o recurso de apelação no efeito apenas devolutivo, o tribunal lhe confere efeito suspensivo.

Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.4). Ver Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 360-363; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 196-197.

[22] Cabe lembrar que o art. 829-A do Código Civil português afirma que "nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento *ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso* (...)".

[23] Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.4.

[24] Neste sentido, ver STJ, 3.ª T., REsp 663774, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 20.11.2006, p. 301; STJ, 1.ª T., REsp 591044/BA, rel. Min. Denise Arruda, *DJU* 14.11.2005, p. 186; STJ, 1.ª T., REsp 638806/RS, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 17.12.2004, p. 449.

Os recursos especial e extraordinário não são recebidos no efeito suspensivo, o que faz com que a multa produza efeitos na sua pendência (art. 542, § 2.º, do CPC). Tais efeitos serão suspensos se a tais recursos forem atribuídos efeitos suspensivos.

5.4.1.8 *O instante em que a multa pode ser cobrada*

Quando se pensa no instante em que a multa pode ser cobrada, indaga-se se ela pode ser cobrada antes do trânsito em julgado, quando fixada para dar efetividade à tutela antecipatória ou à sentença que foi executada provisoriamente, isto é, na pendência de recurso.

Porém, o real problema, neste caso, não é saber se a multa pode ser cobrada antes do trânsito em julgado, mas sim analisar se ela é devida na hipótese em que o julgamento final não confirma a tutela antecipatória ou a sentença que já foi executada.

Se o nosso sistema confere ao autor o produto da multa, não é racional admitir que o autor possa ser beneficiado quando a própria jurisdição chega à conclusão de que ele não possui o direito que afirmou estar presente ao executar a sentença (provisoriamente) ou a tutela antecipatória. Pelo mesmo motivo que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que o processo possa beneficiar o autor que não tem qualquer razão.

Paolo Cendon, tratando exatamente deste problema, apresentou os seguintes argumentos em importante congresso que foi realizado em Palermo: "É ainda mais desconcertante, parece-me, a orientação – minoritária, certamente, mas significativa para mostrar até que ponto uma certa mitologia possa levar – a orientação, dizia, segundo a qual, uma vez impugnada com sucesso pelo devedor a condenação à prestação principal, a própria condenação deveria permanecer em pé em relação à *astreinte*, ao menos no caso em que houvesse sido concedida a execução provisória (teria sido violado um comando do juiz!)".[25]

Não se pense que a circunstância de a multa não poder ser cobrada pelo autor que, a final, é declarado sem razão retira seu caráter coercitivo. O que atua sobre a vontade do réu é a ameaça do pagamento da multa. Esta, assim, não perde o poder de coerção apenas porque o réu sabe que não terá que pagá-la, na hipótese de o julgamento final não confirmar a tutela antecipatória ou a sentença que foi "provisoriamente executada". Ora, no caso de tutela antecipatória ou de "execução provisória da sentença", o réu certamente temerá ter que pagar a multa, não só porque é provável que o julgamento final acabe confirmando a tutela antecipatória ou a sentença, mas fundamentalmente porque ninguém pode ter segura convicção de qual será o "último julgamento".

---

[25] Paolo Cendon, Le misure compulsorie a carattere pecuniario, cit., p. 301. Em sentido contrário, sustentando que o desfecho do processo não interfere na multa imposta, v. Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 367-381; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 199-202.

O que importa, em outras palavras, quando se pensa na finalidade coercitiva da multa, é a ameaça de o réu ter que futuramente arcar com ela. É importante deixar claro que a multa cumpre seu papel através da ameaça que exerce sobre o réu. A multa, para exercer sua finalidade coercitiva, não precisa ser cobrada antes do trânsito em julgado. A finalidade coercitiva não se relaciona com a cobrança imediata da multa, mas apenas com a possibilidade da sua cobrança futura.[26] Tal possibilidade é suficiente para atemorizar o demandado e, assim, convencê-lo a adimplir.[27]

5.4.1.9 O problema do "efeito perverso" da multa

Entenda-se, por efeito perverso da multa, a situação gerada ao réu diante do acúmulo do valor da multa em face do não cumprimento da decisão judicial, exatamente quando tal valor se torna muitas vezes superior ao da obrigação inadimplida ou ao do dano praticado.

Trata-se de questão relacionada à cumulação da multa com o ressarcimento, que faz surgir um enriquecimento sem causa e uma dívida sem nexo com a razão da sua primária instituição.

O problema do enriquecimento ilícito, em virtude da cumulação da indenização com a soma correspondente à *astreinte*, vem preocupando a doutrina francesa. Como adverte André Tunc, se é legítimo que a parte que não satisfaz o direito reconhecido ao seu adversário seja apenada, é contrário aos princípios que seu adversário possa obter uma soma maior do que aquela que compense o prejuízo que sofreu.[28] Jean Carbonnier, raciocinando nesta mesma direção, argumenta que, se a *astreinte* objetiva assegurar a efetividade das decisões judiciais, seria racional que o seu montante revertesse para o Estado.[29]

O direito português, a partir dessa mesma preocupação, chegou a uma solução intermediária, determinando que a soma relativa à "sanção pecuniária compulsória" reverta, em partes iguais, para o autor e para o Estado. Com efeito, segundo o art. 829-A, n. 3, do Código Civil português, "o montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado".[30]

[26] Frise-se que a Lei da Ação Civil Pública afirma, em seu art. 12, § 2.º, que "a multa cominada liminarmente só será exigível do réu *após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento*".

[27] Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.6.

[28] André Tunc, Obligations et contrats spéciaux, p. 672.

[29] Jean Carbonnier, *Droit civil – Les obligations*, v. 4, cit., p. 587. Ver Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo, Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive), cit., v. 13, p. 6; Elisabetta Silvestri, Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, cit., p. 535-536.

[30] Sobre o direito português, v. João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 444.

Realmente, o lesado tem direito a obter o valor em dinheiro equivalente ao da obrigação ou do dano, e nunca um valor que, além de equivaler à prestação inadimplida ou ao dano, acrescente algo mais ao seu patrimônio. Este "algo mais", por ser desprovido de fundamento, somente pode significar enriquecimento sem causa.

Ademais, a única razão de ser da multa é a de pressionar ao cumprimento da decisão. Quando o seu valor atingiu limite que se tornou insuportável e, ainda assim, não venceu a resistência do réu, é de se admitir que o seu incremento, ou mesmo a continuação da sua imposição, não permitirá o alcance dos fins inicialmente almejados.

5.4.1.10 A questão da modificação do valor da multa

Diz o art. 461, § 6.º, do CPC, que "o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, *caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva*".

Indaga-se, diante desta norma, se a modificação da multa encontra obstáculo na coisa julgada. Porém, para se admitir eventual óbice de coisa julgada, é preciso admitir que a modificação do valor da multa pode se dar independentemente de alteração na situação de fato, uma vez que, existindo tal alteração, não se pode pensar em barreira de coisa julgada, já que a sentença e, por conseqüência, a coisa julgada espelham uma situação jurídica e fática que existia em determinado instante. Ou seja, a coisa julgada, formada a partir de determinada situação de fato, jamais impedirá outra ação, fundada em "fatos novos", já que esta ação necessariamente fará surgir outra coisa julgada, que, assim, nada tem a ver com a anteriormente fundada com base em "fatos velhos".[31]

O art. 461, § 6.º, do CPC, ao permitir que o juiz reduza ou aumente o valor da multa fixada na sentença transitada em julgado, deseja evidenciar que a parte da sentença que fixa o valor da multa não fica imunizada pela coisa julgada material. A intenção desta norma é permitir que o juiz altere o valor ou a periodicidade da multa, segundo as necessidades de cada caso concreto, independentemente da alteração da situação fática sobre a qual recaiu a sentença e a multa que nela foi fixada.

Sendo assim, o único argumento que poderia ser levantado contra tal norma é o da sua inconstitucionalidade, ou seja, de que a permissão legal de modificação do valor da multa viola a norma constitucional que protege a coisa julgada material.

Observe-se, porém, que a multa não é fixada para castigar o réu ou para dar algo ao autor. O seu escopo é o de dar efetividade às decisões do juiz. Por isto, verificando o juiz que a periodicidade ou o valor da multa não mais estão de acordo com a idéia que presidiu a sua própria fixação na sentença, poderá ela ser agravada ou atenuada, conforme as exigências do caso concreto. A técnica instituída no art. 461, § 6.º do CPC guarda relação com a natureza da *astreinte*, figura que tem conformação niti-

[31] Neste sentido, v. STJ, 3.ª T., REsp 705914/RN, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 06.03.2006, p. 378.

damente provisória, vale dizer, suscetível de ser alterada, para que seja assegurada a efetividade da decisão judicial.

Na verdade, tomando-se em consideração a natureza da multa, é fácil perceber que sua fixação é feita sempre em caráter provisório, exatamente porque ela tem por fim apenas garantir a efetividade da tutela jurisdicional, e não um direito de crédito em favor do autor, ou um direito de não pagar uma multa superior a "x" por parte do réu.[32]

5.4.2 *A prisão como meio executivo*

A visualização da prisão civil como meio de execução – meio de coerção indireta, assim como a multa –, exige a análise do art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: "Não haverá prisão *por dívida*, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Esta norma proíbe a prisão civil por descumprimento de obrigação que dependa, para seu adimplemento, da disposição de dinheiro, podendo ser dito, neste sentido, que tal norma proibiu a prisão por "dívidas *pecuniárias*".[33]

As hipóteses do depositário infiel e a do devedor de alimentos possuem características próprias, as quais conduziram a Constituição a traçá-las como exceções. Isto apenas para deixar evidenciada a possibilidade de prisão no caso de depositário infiel e de não pagamento de alimentos.

É certo que o débito alimentar não tem origem em obrigação, mas constitui dever legal com repercussão não-patrimonial e, assim, não pode ser comparado a uma simples dívida pecuniária. Mas a Constituição se preocupou em deixar clara a possibilidade de se conferir tratamento diferenciado ao crédito alimentar e, por esta razão, excepcionou a possibilidade de prisão do devedor de alimentos. Portanto, a intenção da Constituição, ao estabelecer as referidas exceções, foi apenas de evidenciar que, em tais casos, a prisão é possível.

Caso o objetivo da norma fosse o de proibir *toda e qualquer prisão*, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, *não haveria como explicar a razão pela qual deu conteúdo à prisão civil, dizendo que "não haverá prisão por dívida"*. É pouco mais do que evidente que a norma desejou proibir *uma determinada espécie* de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil. O que importa saber, assim, é a espécie

[32] Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.7. Ver Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 363-367; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 197-199.

[33] Lembre-se que Pontes de Miranda sustentou que a proibição da Constituição estaria na prisão por não-pagamento de dívida pecuniária, e que assim seria possível utilizar a prisão como meio coercitivo (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, p. 253). Ver Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 206 e ss.; idem, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 384 e ss.

de prisão civil que foi vedada. Se não há como fugir da idéia de que foi proibida somente uma espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil, a prisão vedada somente pode ser a prisão por "débito".

O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida *implica retirar qualquer significado da expressão "dívida"*. Afirmar que existem outras modalidades de dívida, que não apenas a pecuniária, e concluir que, para todas elas, está vedada a prisão, é dizer nada sobre a espécie de prisão proibida, mas simplesmente insistir na idéia de que a norma constitucional veda o uso da prisão civil como meio de execução e, deste modo, retirar qualquer significado da expressão "dívida".[34]

A interpretação do art. 5.º, LXVII, da CF, deve ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais, deixando-se claro que, apesar de ser necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio, muitas vezes o uso do meio de prisão pode ser imprescindível à tutela dos direitos fundamentais.

Não há como negar que os direitos perdem sua qualidade quando não podem ser efetivamente tutelados. Além disto, é certo que o processo exige, diante de certas situações de direito substancial, o uso da coerção indireta. Entretanto, a multa não constitui a única forma de coerção indireta, e nem se pode dizer que é ela suficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Como é evidente, a multa não tem efetividade diante de um réu que não possui patrimônio. Portanto, a violação de direitos é muito fácil para pessoas inescrupulosas, uma vez que também não é difícil, por exemplo, que estas possam constituir um "testa-de-ferro" sem patrimônio para violar, sem qualquer preocupação, direitos da personalidade.

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva. Perceba-se, por exemplo, que soará absolutamente falsa e demagógica a afirmação da Constituição Federal, no sentido de que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (art. 225, *caput*), se não for viável a utilização da prisão como meio de coerção indireta. Seria o mesmo que interpretar esta norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, esta interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente.

De modo que a doutrina, consciente da importância da natureza não patrimonial de certos direitos, não pode ver na norma constitucional que proíbe a

[34] Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 210/211; idem, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 391-392.

prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais para a sociedade.

Em uma interpretação realmente atenta aos direitos fundamentais, e de acordo com a moderna hermenêutica constitucional, não há como enxergar apenas o que há de negativo na utilização da prisão.[35] Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de perceber o seu lado positivo, diante da necessidade de observância de deveres de não fazer e de deveres de fazer que não dependam do desembolso de dinheiro.

Esta interpretação deixa de lado o conceito mítico de que a prisão civil é um simples atentado contra a liberdade dos cidadãos e, atenta para a necessidade do uso da coerção pessoal para a efetiva tutela dos direitos, propõe que se veja, ao lado da proibição da prisão civil em todos os casos em que, para o adimplemento, é necessário o desembolso de dinheiro, a possibilidade do seu uso para impedir a expropriação dos direitos.

A forma de interpretação que não vê a prisão como meio coercitivo constitui um método hermenêutico clássico, não suficiente quando comparado aos métodos hermenêuticos modernos,[36] os quais são absolutamente necessários quando o que se tem a interpretar, diante das características da sociedade contemporânea e da importância que nela assumem os direitos fundamentais, é um contexto de grande riqueza e muita complexidade. Com efeito, não sendo o caso de apenas considerar o texto da norma, como se ela estivesse isolada do contexto, é necessário recorrer ao método hermenêutico-concretizador.

Na verdade, deparando-se com a norma do art. 5.º, LXVII, da CF, deve o intérprete estabelecer, como é óbvio, a dúvida que a sua interpretação suscita. Ou seja, se ela veda o uso da prisão como meio de coerção indireta, ou somente a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, verificando-se que a norma aponta para dois direitos fundamentais, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles. A partir da análise da própria razão de ser destes princípios, não há como deixar de interpretar a norma no sentido de que a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de execução se mostrarem inadequadas – a violação de um direito, já que de outra maneira os próprios direitos ficarão desprovidos de tute-

[35] "Encarada a prisão como um importante meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva *e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade*, uma exegese que restrinja a vedação do LXVII do art. 5.º da CF aos casos de prisão por dívida em sentido estrito preserva substancialmente a garantia que essa vedação representa, sem eliminar totalmente as possibilidades de se empregar a prisão civil como medida coercitiva para assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional" (Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 245-246).

[36] Ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 128; Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, p. 312.

la, e assim o ordenamento, exatamente na parte que consagra direitos invioláveis e fundamentais, assumirá a configuração de mera retórica, e desta forma sequer poderá ser chamado de "ordenamento jurídico".

Note-se que esta interpretação, além de considerar o contexto, e por esta razão ser muito mais abrangente do que a "clássica", dá ênfase aos direitos fundamentais, realizando a sua necessária harmonização, para que a sociedade possa ver sua concretização nos locais em que a sua própria razão recomenda.[37]

A prisão pode ser utilizada como mecanismo de execução destinado a convencer o demandado a cumprir decisões que imponham o cumprimento de um dever de não fazer (por exemplo, de não poluir um rio), ou o cumprimento de um dever de fazer (por exemplo, praticar um ato imprescindível à tutela de um direito da personalidade), que não exijam a disposição de dinheiro ou de qualquer forma de patrimônio.

A autorização legal para o uso da prisão como meio de execução está no art. 461, § 5.º, do Código de Processo Civil e no art. 84, § 5.º, do Código de Defesa do Consumidor. Tais normas conferem ao juiz o poder para utilizar o meio executivo "necessário" a cada caso conflitivo concreto. Tais normas são claras em autorizar o uso do meio executivo não expressamente tipificado na lei, permitindo que o juiz identifique o meio de execução "necessário", justificando a oportunidade para a sua utilização diante das particularidades do caso concreto e da insuficiência das demais modalidades de execução para dar efetividade à decisão.[38]

A regra da proporcionalidade é subdividida nas regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Importam, nesta ocasião, as regras da adequação e da necessidade, particularmente essa última. A regra da necessidade ainda se abre nas regras do meio idôneo e da menor restrição possível, que, somadas à regra da adequação, devem orientar o poder do juiz na identificação do meio executivo no caso concreto.

Isto quer dizer que a tutela do direito sempre deve ser prestada através de um meio adequado e necessário (também dito *mais* idôneo). Meio adequado é o que está

[37] Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.2.3.

[38] O direito alemão, assim como o direito anglo-americano, admite o uso da prisão como meio de execução, dando ao juiz amplo poder para determiná-la e graduá-la no caso concreto. "A ZPO alemã disciplina, precisamente nos §§ 888 e 890, as *Zwangsstrafen*. O § 888 diz respeito, em princípio, às obrigações cuja execução não se pode dar através de um terceiro. A norma exclui as obrigações que podem ser tuteladas através da execução forçada, ou seja, as obrigações fungíveis, e além disto determinadas obrigações infungíveis, como, por exemplo, as marcadas por particulares qualidades de natureza artística ou científica. As sanções previstas no § 888 são articuladas de modo que o juiz deva aplicar *em primeiro lugar a sanção pecuniária, deixando para impor a prisão quando não é possível o uso da primeira ou quando ela não surte efeitos*. O § 890 aplica a mesma técnica sancionatória às obrigações de não-fazer e, especificamente, às obrigações de se abster de determinada atividade e de consentir que uma atividade seja praticada" (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.1.2). Ver Dan B. Dobbs, Contempt of court: a survey, *Cornell Law Review*, v. 56, p. 235 e ss.

de acordo com as outras normas, inclusive constitucionais, a respeito da legitimidade da execução das decisões judiciais e das garantias de liberdade do réu. O meio necessário (ou *mais* idôneo) é aquele que, além de efetivo, no plano da realidade concreta, para tutelar o direito (e portanto idôneo), causa a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.

Porém, não basta apenas dizer que o meio executivo deve ser adequado e necessário. É preciso que o juiz justifique de maneira precisa, clara e racional a adequação e a necessidade do meio de execução. Isto porque não mais vigora o princípio da tipicidade dos meios executivos, que supunha que os meios de execução, para serem utilizados, deveriam estar expressamente previstos na lei. Atualmente, presente está o princípio da concentração dos poderes de execução, já que ao juiz foi outorgada ampla latitude de poder destinada à determinação da modalidade executiva adequada ao caso concreto.

A necessidade de justificação decorre deste amplo poder de execução. Melhor explicando: o juiz não apenas está obrigado a utilizar o meio de execução adequado e necessário (*mais* idôneo), mas também tem o dever de justificar as suas escolhas.

O juiz somente poderá se valer da prisão quando estiver em condições de justificar a impossibilidade de efetivação da tutela, mediante o emprego da multa ou de qualquer outro meio executivo. Nestes casos, por existir "necessidade" do uso da prisão, será possível concluir que o seu uso constitui medida necessária para que a tutela jurisdicional possa alcançar efetividade.

O equívoco contido na justificativa é que evidenciará a ilegitimidade da escolha do juiz e, assim, que a sua atividade não ficou contida na advertência de "menor restrição possível". É por isto que se pode dizer que a necessidade de justificativa (ou de motivação) é a outra face do poder de escolha da modalidade executiva.

O poder de escolha, se é fundamental para o exercício do poder, e é orientado pelas idéias de "adequação", de "meio idôneo" e de "menor restrição possível", é legitimado pela necessidade de "justificativa", vale dizer, de explicação das razões de escolha.

Como se vê, esta forma de viabilizar o exercício do poder e, ao mesmo tempo controlá-lo, é fundamental em face dos direitos da sociedade contemporânea, constituindo pura manifestação da crescente necessidade de se pensar o direito para o caso concreto.[39]

5.4.3 Execução mediante outras modalidades de convencimento

A principal questão relacionada à admissão de outras modalidades de execução voltadas ao convencimento do demandado decorre da circunstância de não estarem

[39] Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.2.4; Sérgio Cruz Arenhart, A prisão civil como meio coercitivo, cit., passim.

elas previstas na lei. Porém, o Código de Processo Civil, no seu art. 461, § 5.º, é expresso em dar ao juiz poder necessário para determinar a modalidade executiva necessária ao caso concreto. Esta norma elimina o obstáculo que poderia ser levantado contra a possibilidade de o juiz utilizar meio de execução não tipificado na lei.

Tendo como limite restrições de ordem legal e constitucional – a exemplo das prescrições das regras contidas na Constituição Federal, no art. 5.º, XLVII, LI, LXVII, entre outras – o juiz dispõe de poder para fixar o meio executivo mais idôneo, ou seja, aquele que é idôneo à tutela do direito e, ao mesmo tempo, representa a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado.[40]

É possível, assim, sempre com o objetivo de dar efetividade à decisão, interditar direitos, a exemplo da cassação de licença especial, da proibição de contratar com o Poder Público, da proibição do exercício de certa atividade por um período de tempo. Desde que o meio executivo não viole garantia constitucional, sua utilização é perfeitamente possível.[41] É possível, também, efetuar o bloqueio de verbas, até que o requerido cumpra certa determinação judicial.[42]

Por outro lado, não são apenas os meios *coercitivos* que estão autorizados para a obtenção da tutela específica. O juiz também está autorizado a valer-se de *sanções premiativas* (mecanismos estimulatórios) para a obtenção do resultado desejado. Ao invés de ameaçar o requerido com um mal (multa coercitiva, restrição de direitos etc.), poderá ser acenado com um benefício para o imediato cumprimento da ordem. Tal é o

[40] Ver STJ, 2.ª T., REsp 881353/RS, rel. Min. Castro Meira, *DJU* 08.11.2006, p. 183; STJ, 1.ª T., AgRg no AgIn 696514/RS, rel. Min. José Delgado, *DJU* 06.02.2006, p. 205; STJ, 2.ª T., REsp 727303/RS, rel. Min. Humberto Martins, *DJU* 07.11.2006, p. 285.

[41] Ver, neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., item 3.27.2; Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 381 e ss.

[42] Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Processual civil. Recurso especial. Fornecimento de medicamentos pelo Estado. Medidas executivas. Bloqueio de valores de verbas públicas. Possibilidade (art. 461, § 5.º, do CPC). Medida excepcional. Precedentes do STJ. Recurso especial desprovido. 1. O entendimento pacífico desta Corte Superior é no sentido de que é possível ao juiz – *ex officio* ou a requerimento da parte –, em casos que envolvam o fornecimento de medicamentos a portador de doença grave, determinar medidas executivas para a efetivação da tutela, inclusive a imposição do bloqueio de verbas públicas, ainda que em caráter excepcional. 2. Nesse sentido, os seguintes precedentes: EREsp 770969/RS, 1.ª S., rel. Min. José Delgado, *DJ* 21.08.2006, p. 224; EREsp 787101/RS, 1.ª S., rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 14.08.2006, p. 258; REsp 851760/RS, 1.ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 11.09.2006, p. 238; REsp 815277/RS, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 02.08.2006, p. 261; REsp 824164/RS, 2.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 28.06.2006, p. 253; AgRg no AgIn 749477/RS, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* 1.º.06.2006, p. 162; REsp 796509/RS, 2.ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 24.03.2006, p. 221; AgRg no AgIn 723281/RS, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJ* 20.02.2006, p. 306. 3. Recurso especial desprovido" (STJ, 1.ª T., REsp 829705/RS, rel. Min. Denise Arruda, *DJU* 16.11.2006, p. 227). Ver tb. STJ, 1.ª T., REsp 855414/RS, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 16.11.2006, p. 235.

que ocorre, por exemplo, na ação monitória e na execução de títulos extrajudiciais, em que o imediato pagamento do valor exigido dispensa o devedor, total ou parcialmente, de despesas processuais (arts. 1.102-c, § 1.º, e 652-A, parágrafo único, do CPC). Também constitui aplicação dessa medida a previsão do art. 601, parágrafo único, do CPC, que autoriza o magistrado a relevar a pena de ato atentatório à dignidade da jurisdição, mediante o compromisso do requerido de não incidir mais na prática ofensiva. Obviamente, a utilização desse mecanismo merece atenção especial, já que não pode o juiz lidar – sem autorização legal expressa – com valores ou direitos que não lhe pertencem. Ainda assim, o uso desse mecanismo traz interessante campo para a atuação judicial.[43]

Em muitos casos, meios de execução de tal espécie representam a melhor alternativa, adquirindo o maior grau de efetividade. Aliás, nas hipóteses em que a multa se apresenta imprestável – como quando é necessário impor meio coercitivo a pessoa insolvente ou falida –, tais medidas acabam por constituir *a única* forma executiva idônea.

5.5 Atuação executiva alheia à vontade do devedor

5.5.1 *Execução através da sentença*

Há casos em que um ato jurisdicional contido na sentença realiza a prestação devida pelo demandado, embora não seja declaratória ou constitutiva.

Tal sentença não é dependente de atividade ulterior do demandado ou da própria jurisdição, como acontece com a sentença que depende do cumprimento de fazer, não fazer, entrega de coisa ou pagamento de quantia.

Do mesmo modo, a sentença não se limita a prestar as tutelas declaratória ou constitutiva. A sentença atende a um direito dependente de prestação, mas que não depende de atividade executiva ulterior à prolação da sentença. Por isso mesmo, essa sentença costuma ser confundida com a sentença constitutiva, imaginando-se que ela, por desnecessitar de execução ulterior, e também por não ser declaratória, somente pode ter natureza constitutiva.

Caso exemplar é o da ação de adjudicação compulsória, cabível quando o réu deixa de adimplir a sua obrigação de outorgar a escritura definitiva, devida em virtude de escritura preliminar. Nessa situação, o autor tem o direito a uma prestação, devida pelo réu, mas que pode ser realizada através da própria sentença, mediante ato do juiz nela contido.

É certo que a sentença, nesse caso, através de ato nela contido, substitui a prestação devida ou faz valer a própria escritura definitiva. Mas isso não significa que ela

[43] Sobre o assunto, v. Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 382.

preste tutela constitutiva, isto é, que ela atenda a um direito em formação, que deva ser constituído através da sentença.[44]

A sentença, na hipótese, executa o direito, pois realiza a prestação incumprida.

5.5.2 *Obstaculização, remoção e apossamento de coisa. Execução complementar praticada por auxiliar do juízo*

A tutela do direito que, além da sentença, depende de execução, pode se realizar mediante atividade executiva complementar praticada por auxiliares do juízo. Isto acontece *especialmente – e, portanto, não apenas aí* – quando, para a tutela do direito, é necessária a prática de atos de execução que não objetivam a realização de uma prestação devida pelo réu, mas apenas a implementação da tutela jurisdicional do direito.

É o caso da tutela jurisdicional que depende da *obstaculização* da prática do ato ilícito ou da *remoção* dos seus efeitos concretos. Os atos de impedir a prática do ilícito ou remover os efeitos concretos dele decorrentes estão muito longe de substituir uma prestação que deveria ter sido cumprida pelo demandado. O réu não tem prestação inadimplida ao ameaçar de violação um direito, ou ao não remover os efeitos concretos do ilícito. Por essa razão, uma vez prolatada a sentença, basta ao auxiliar do juízo, se for o caso de ato de execução que dele dependa, obstaculizar a prática do ilícito ou remover os seus efeitos concretos, sem que com isto a jurisdição esteja substituindo o demandado no cumprimento da sua prestação.

A situação da tutela jurisdicional relacionada ao ato contrário ao direito é bastante parecida com a da tutela jurisdicional do direito real. Note-se que, quando se presta a tutela de reintegração de posse, determinando-se o *apossamento* da coisa,

[44] "Finalmente, a distinção que se impõe é a que tem por fim estabelecer a diferença entre a atividade executória e a atividade jurisdicional constitutiva. Em geral é fácil verificar, na prática, a distinção entre o resultado alcançado por uma sentença executiva e o obtido por uma sentença constitutiva. Assim, por exemplo, não haverá dificuldade em diferençar a eficácia executiva de uma sentença que decrete o despejo da eficácia constitutiva de uma sentença que anule um contrato. Todavia, essa transparência conceitual nem sempre é visível, e em muitas hipóteses as coisas se complicam, obrigando-nos a aprofundar a distinção entre essas duas espécies de eficácias sentenciais, de modo a descobrir, em cada uma delas, o elemento que as define e as torna diferentes. O critério para a distinção reside na natureza da pretensão posta em causa nas respectivas relações processuais. Se a pretensão corresponder a um direito formativo, também denominado direito potestativo, a respectiva sentença de acolhimento será constitutiva. Este é o entendimento da generalidade dos processualistas e corresponde à doutrina acolhida por Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 52), o qual, no entanto, ao defrontar-se com a sentença proferida na ação de adjudicação compulsória decorrente de contrato preliminar, inscreveu-a dentre as constitutivas (idem, p. 56), *embora neste caso inexista direito potestativo, e sim direito a uma prestação (dever de prestar) do obrigado, o que é suficiente para incluí-la na classe das sentenças executivas*" (Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 2, cit., p. 26-27).

não há que se pensar em ato executivo em substituição a uma eventual prestação de entrega de coisa, mas sim em ato executivo a ser praticado por um auxiliar do juízo, para viabilizar o *apossamento* da coisa ou retirar do réu algo que, *de acordo com a própria sentença*, está indevidamente no seu patrimônio, e assim independe de prestação ulterior a ser praticada pelo demandado. Perceba-se que a sentença, nos casos de direito real e de prática de ato contrário ao direito, respectivamente declara que algo está indevidamente no patrimônio do réu e que algo foi ilicitamente feito por ele, bastando simplesmente a implementação da sentença mediante o *apossamento* da coisa ou a *remoção* do ilícito.

Entretanto, como adiantado no primeiro parágrafo deste item, a sentença que deve ser implementada por ato executivo de auxiliar do juízo também pode declarar que o réu tem uma prestação obrigacional de não fazer ou uma prestação de fazer, de entregar coisa ou de reparar na forma específica mediante um fazer, ou através da entrega de coisa equivalente à destruída.

Não há problema em *obstaculizar* o descumprimento de obrigação de não fazer, admitir a *remoção* de atos praticados em desacordo com uma obrigação de não fazer ou em obter a coisa devida mediante busca e apreensão, isto é, *apossamento*. Dificuldade surge quando se pensa em permitir a um auxiliar do juiz fazer algo que deveria ter sido feito pelo demandado, cumprindo prestação obrigacional, decorrente de dever legal ou devida em razão da prática de dano – ressarcitória. Nesses casos, considerando-se que, em geral, tais prestações são mais complexas e caras, confere-se a um terceiro particular a incumbência do fazer.

5.5.3 Realização de fazer. Execução por particular

Muitas vezes, como visto no último parágrafo do item antecedente, é necessário recorrer a um terceiro, estranho ao processo, para se obter aquilo que deveria ter sido feito pelo demandado.

No sistema originário da execução civil, implementada com a edição do Código de Processo Civil, uma vez condenado o réu a fazer, deveria ser proposta ação de execução de sentença. Na ação de execução, citado o réu e não cumprida a prestação, teria que ser feita custosa avaliação da extensão do fazer e do seu custo, seguida por demorada concorrência pública para se encontrar terceiro capacitado a fazer. Encontrando-se o terceiro, que, obviamente, nada pode fazer sem ser pago, surgia uma curiosa forma de tutela jurisdicional, que acabava dependendo do pagamento de soma em dinheiro pelo próprio vencedor no processo de conhecimento – obrigado a custear os serviços do terceiro –, o qual mais tarde teria que ser buscado pelo credor ou pelo lesado, através de ação de execução por quantia certa. A menos que o próprio autor se dispusesse a fazer a obra nas condições do terceiro, o que também obrigaria o credor ou o lesado, assim já declarados pela sentença condenatória, a arcar com aquilo que deveria ter sido feito pelo devedor ou pelo infrator.

Mesmo no sistema atual do art. 461 do CPC, não se pode fugir da execução por terceiro particular, restando o problema da forma através da qual se pode exigir do réu o pagamento do trabalho do terceiro.

5.5.4 Execução por expropriação

Há casos em que não basta a atividade executiva de obstaculização, de remoção, de apossamento ou ainda de fazer, mas é necessária a retirada de patrimônio do demandado para o pagamento de quantia em dinheiro ao autor.

Nesse caso, cabe inicialmente a realização da penhora de bem do devedor, que pode recair em dinheiro, móveis, imóveis, ações etc. Quando a penhora não recai em dinheiro, a expropriação se dá através i) da alienação do bem; ii) da adjudicação do bem em favor do credor; e iii) do usufruto de imóvel ou de móvel.

A alienação é necessária para permitir a transformação do bem penhorado em dinheiro, mediante a sua venda em hasta pública. A alienação passa pelas fases i) da avaliação, ii) da publicidade acerca da futura realização da hasta pública e iii) da arrematação, instante no qual o bem penhorado, arrematado na hasta pública mediante o melhor preço, passa ao domínio do adquirente.

Por sua vez, pode acontecer de não ocorrer a arrematação, quando o próprio credor poderá adjudicar o bem pelo preço da avaliação.

Além disso, é possível que imóvel ou móvel de propriedade do devedor gerem rendimentos, quando se dá a expropriação destes frutos mediante o usufruto do imóvel ou do móvel por determinado período de tempo, suficiente para a satisfação do direito de crédito.

A expropriação de patrimônio para o pagamento de quantia certa pode se dar através de outros meios, como o desconto em folha e o desconto de rendas periódicas. O desconto em folha é utilizável quando o devedor é funcionário com salário implantado em folha. O desconto de rendas se dá quando o devedor possui rendimentos derivados de locação, arrendamento ou de qualquer forma capaz de propiciar renda periódica.

O desconto em folha e o desconto de rendas periódicas, porém, são apenas admitidos quando se pretende a satisfação do crédito alimentar, dada a particularidade da necessidade daquele que necessita de tutela alimentar.[45]

[45] Os alimentos não podem ser confundidos com a simples tutela específica de pagar dinheiro derivada de lei (dívida em relação à Fazenda Pública) ou de contrato, ou mesmo com a tutela pelo equivalente. Os alimentos, como não poderia ser de outra forma, têm características inconfundíveis quanto à necessidade do credor (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., capítulo 5, item 5.3).

6

O Art. 475-N, I, do CPC e as Sentenças que Dependem de Execução

6.1 Os significados de "conceito" e de "classificação". A razão para se classificar as sentenças

Antes de se propor uma nova classificação das sentenças, é preciso deixar bastante clara a função de classificar na teoria geral do direito. Toda classificação trabalha com conceitos, objetivando agrupá-los de forma lógica e cientificamente didática.

Para que a discussão em torno das classificações não se perca ou se torne estéril ou infrutífera, é preciso cuidado para não se confundir conceito com terminologia ou *nomen iuris*.

Embora se possa fazer uma distinção entre conceito e definição, considerando a primeira uma realidade jurídica e a segunda sua descrição, o certo é que essa diferenciação não é usual e aqui não tem importância.[1] O grande problema está na confusão entre conceito (ou definição) e *nomen iuris*.

[1] Também não é própria, nesse momento, a conhecida distinção entre definição nominal e definição real, até porque já está superada a idéia que se fundava na possibilidade de se extrair a natu-

O conceito pode ser definido pela lei, pela doutrina ou, ainda, pela jurisprudência. No caso de sentença condenatória, figura imprescindível para se classificar as sentenças, *o conceito é eminentemente doutrinário*,[2] pois nunca houve qualquer esforço legal ou jurisprudencial para conceituá-la.

Quando se procura saber o significado de um conceito doutrinário, há que se investigar, evidentemente, a doutrina que o formou. Tratando-se do conceito de sentença condenatória, a doutrina que o concebeu, isto é, a doutrina italiana. Nada há para estranhar em considerar a doutrina italiana para precisar o conceito de condenação. É que os conceitos doutrinários podem ter validade universal. É certo que o conceito de condenação, se houvesse tomado em conta a lei italiana, não teria serventia. Acontece que o conceito de condenação não se formou a partir da lei, mas sim sob a influência dos valores da sociedade e do Estado da época em que foi moldado, revelando uma posição doutrinária inserida em um contexto histórico.

Se um conceito doutrinário não pode descartar a doutrina e os valores do momento em que foi delineado, é evidente que a modificação da sociedade e do Estado implica no surgimento de outro conceito. No entanto, os conceitos, quando distintos, devem também possuir nomes diferentes. Se isso não acontece, a discussão *pensa ainda tratar do mesmo conceito, quando na realidade apenas supõe um mesmo nome*. Ocorre que o entendimento entre os intérpretes somente é possível quando não se dá o mesmo nome a duas realidades distintas.[3]

A classificação constitui um agrupamento de conceitos. O valor da classificação depende de sua utilidade ao reunir os conceitos que têm certas particularidades. Ela tanto será melhor quanto maior for sua capacidade de tornar os conceitos compreensíveis, sem que cada um deles perca sua identidade. Por isto mesmo, *as classificações não podem ser pensadas como verdadeiras ou falsas*.[4] É que as classificações não se destinam a conceituar ou a descrever realidades, mas somente a agrupá-las.

reza essencial dos objetos (ver Norberto Bobbio, Scienza del diritto e analisi del linguaggio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 355 e ss.; Giovanni Tarello, Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 430).

[2] Girolamo Monteleone, Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, p. 166.

[3] Como há muito tempo demonstrou Norberto Bobbio (*Teoria della scienza giuridica*).

[4] "Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales o inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guia a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como *test* una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida" (Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 72-73).

Porém, os conceitos que podem explicar uma classificação *somente podem ser aqueles que levaram à sua formação e não outros*. Portanto, se *a sociedade e o Estado se alteram, e isto implica no surgimento de novos conceitos, as classificações, por mera conseqüência lógica, necessariamente também têm que se modificar*.

O que vale em uma classificação *é o conteúdo, e não o nome* dos conceitos agrupados. A partir do momento em que *se altera o conteúdo* de um dos conceitos, modifica-se a classificação, *aceitando-se – ainda que inconscientemente – que a classificação modificada não mais serve para explicar os fenômenos*.

Não obstante, é exatamente isto que vem ocorrendo em relação à sentença condenatória. *Ainda que tenham surgido sentenças – a partir das necessidades sociais e do próprio CPC – completamente distintas da condenatória, parte da doutrina ainda as chama de condenatórias, como se o nome tivesse mais importância do que os conceitos e do que as realidades*.

Quando parte da doutrina propõe *outro conceito* para sentença condenatória, preservando *somente o nome* "condenação", obviamente passa a existir *um novo conceito*. Mas, como foi explicado, quando se modifica um dos conceitos da classificação, esta também é alterada. *A mudança* do conceito de condenação, assim, *implica na alteração* da classificação das sentenças.

Se tudo isto é óbvio, cabe perguntar a razão para a insistência na pseudomanutenção do conceito de condenação e da classificação clássica das sentenças, elaborados a partir do impacto de outros valores. Isso somente pode ser explicado a partir de um *entendimento totalmente equivocado a respeito da função das classificações*.

Os doutrinadores do direito – e não apenas os processualistas – imaginam que a classificação elaborada *por doutrina de prestígio é verdadeira, e por essa razão deve ser mantida intocada para sempre*.[5] Acontece que, como já dito, *não existe classificação verdadeira ou falsa, mas sim classificação capaz de agrupar vários fenômenos com particularidades comuns, de modo que nenhum deles perca identidade e significação*.

Ora, não é porque uma classificação, há várias décadas, constituía uma forma *adequada* para explicar as várias sentenças que, cem anos depois, diante de novas realidades, ela poderá explicar as novas técnicas de prestação de tutela jurisdicional dos direitos (ou seja, as sentenças) e os valores nela impregnados.

Isto não significa qualquer contestação à antiga classificação das sentenças, até porque ela estava perfeita quando formulada – e apenas nessa perspectiva deve ser analisada –, mas somente a constatação de que *o surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e estes, por conseqüência absolutamente lógica, devem dar origem a uma nova classificação*.

[5] "Otras veces las discrepancias entre los juristas presuponen una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones. Este es un vicio que no es privativo de los juristas, pero que asume entre ellos rasgos particularmente nocivos. *Tal vez ello se deba a que la teoría jurídica se maneja, en casi todos sus sectores, con clasificaciones heredadas, muchas de las cuales traen el aval de un enorme prestigio y de una tradición milenaria*" (Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 72).

A menos que se pense que os novos fenômenos é que têm de se adaptar às classificações, como se estas fossem dotadas de força perene. Porém, aceitar que uma classificação é eterna é o mesmo que imaginar que a realidade é imutável. Portanto, *é fácil concluir que não são as novas realidades que têm que ser encaixadas nas classificações*.[6] *Ao contrário, as novas realidades, para que possam ser adequadamente explicadas, devem gerar novos conceitos e classificações*.[7]

6.2 Novamente a importância da distinção entre tutela e sentença

É preciso insistir na distinção entre tutela e sentença para evidenciar que a sentença é apenas uma técnica, elaborada pelo legislador, para propiciar as tutelas prometidas pela Constituição e pelo direito material.

Quer dizer que a sentença existe para amparar o direito hegemônico, ou seja, o direito que regula a sociedade e o Estado de determinado momento histórico. Alterando-se as necessidades sociais e as razões do Estado, e assim as necessidades do direito substancial, certamente devem variar as sentenças ou as técnicas processuais destinadas a viabilizar a sua proteção.

Portanto, não há como confundir a classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos com a classificação das sentenças. Como já dito, não existe como equiparar sentença condenatória com tutela ressarcitória, por exemplo.

A classificação das sentenças, assim como acontece em relação ao conceito de ação – como a doutrina já fez questão de dizer[8] –, tem uma visível relatividade histórica. A compreensão das técnicas processuais – que podem ser chamadas sentenças, provimentos etc. – capazes de permitir a tutela dos direitos depende do ordenamento jurídico, da consideração do Estado e do momento social e político nas quais operam.

A legislação processual deve variar na medida em que se diversificam as necessidades do direito substancial. É por isto que a classificação das sentenças há que tomar em consideração o tecido normativo processual e as tutelas prometidas pelo direito material, visualizando as duas realidades – de direito processual e de direito material – a partir da Constituição, ou, mais precisamente, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

[6] "Los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la *verdadera* forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. *Los fenómenos – se cree – deben acomodarse a las clasificaciones, y no a la inversa*" (Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 72).

[7] Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 113 e ss.

[8] Piero Calamandrei, La relatività del concetto di azione, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939; Ricardo Orestano, Azione in generale, *Enciclopedia del diritto*.

6.3 Classificação a partir da suficiência da sentença à prestação da tutela jurisdicional do direito

Nem toda sentença, para prestar a tutela jurisdicional do direito, necessita de atividade ulterior, ou seja, de execução. As sentenças que prestam, por si, a tutela jurisdicional do direito merecem a designação de satisfativas. As outras sentenças, que dependem de atividade executiva, são ditas não-satisfativas.

As sentenças que prestam as tutelas declaratória e constitutiva prescindem de atividade ulterior, sendo satisfativas. Já as demais tutelas que exigem, além da sentença, execução, são prestadas apenas em parte pela sentença, pois dependem, para serem efetivamente prestadas, de meios de execução adequados.

É por este motivo que se diz que o direito fundamental de ação, ou seja, o direito à obtenção da tutela prometida pelo direito material, tem como corolário as modalidades executivas capazes de permitir a efetiva tutela do direito.

Quer dizer que, conforme a necessidade de meios de execução para a prestação da tutela jurisdicional do direito, as sentenças podem ser classificadas em satisfativas e não-satisfativas. Note-se, porém, que esta classificação toma como critério a capacidade de o processo prestar a tutela jurisdicional dos direitos, evidenciando que a sentença é uma técnica processual que pode necessitar de complemento através de meios de execução.

6.4 O critério que foi utilizado para a classificação da sentença condenatória

Se é certo que as sentenças satisfativas sempre foram classificadas, e de modo praticamente unânime, em sentenças declaratória e constitutiva, a doutrina clássica cuidou de conceituar a sentença condenatória como sentença não-satisfativa, a qual, por muito tempo, ocupou o lugar de única sentença dependente de execução no sistema jurídico processual.

Todas as sentenças – satisfativas e não-satisfativas –, obviamente, foram classificadas a partir de critérios exclusivamente processuais, como era natural a uma doutrina preocupada em evidenciar a autonomia do processo em relação ao direito material.

O centro do sistema processual clássico foi ocupado pela ação, à qual foi dada uma feição totalmente autônoma diante do direito material, sendo que ao seu redor passaram a girar as sentenças – classificadas em declaratória, constitutiva e condenatória –, logicamente definidas a partir da mesma preocupação posta no centro do sistema, qual seja a de construir um sistema exclusivamente com base em critérios processuais.[9]

[9] O caráter panprocessualístico da classificação das sentenças nada mais é do que um corolário da teoria da ação como direito autônomo em relação ao direito substancial, transmitida pelo ensinamento chiovendiano. Ao colocar no centro do sistema um direito de ação totalmente desvinculado do direito material ameaçado ou violado, os processualistas da escola chiovendiana firmaram a base para uma teoria geral das tutelas voltada a colocar em destaque somente os seus aspectos processuais ou formais. Cf. Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 217. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo* (*Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 157 e ss.

A doutrina italiana clássica ou chiovendiana desenvolveu o conceito de sentença condenatória a partir de elementos ùnicamente processuais, preocupando-se, fundamentalmente, com a função processual da condenação diante da sentença declaratória.

Ou seja, a doutrina clássica classificou as sentenças a partir de critérios formais ou internos ao processo, desligando-se da importância dos efeitos produzidos pelas sentenças no plano do direito material. É por isto que o ponto chave do conceito de condenação está na sua eficácia executiva e no princípio da tipicidade dos meios de execução.

6.5 O conceito (clássico) de condenação

Como dito anteriormente, o conceito de condenação é eminentemente doutrinário, devido à doutrina italiana, que o formulou à luz de valores de determinado instante histórico. Frise-se que a própria doutrina italiana contemporânea já confessou que a condenação é um conceito de elaboração exclusivamente científico-doutrinária.[10]

De modo que, para se chegar ao real conceito de condenação, é imprescindível a análise da doutrina italiana clássica, a qual não só inspirou a doutrina italiana que lhe foi posterior, como também a doutrina brasileira.

Ou seja, não importa, para se compreender o conceito de condenação, elaborar um raciocínio destinado a formular um conceito de condenação, o qual, obviamente, se desenvolveria a partir de dados normativos e valores que são completamente estranhos ao conceito doutrinário (originário, portanto) de condenação.

Segundo a clássica e importante lição de Liebman, a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: declara o direito existente e, além disso, "faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora)".[11]

A sentença condenatória, na definição de Liebman, caracteriza-se por aplicar a sanção. Segundo Liebman, "a execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material. Mas os órgãos incumbidos desta atividade só a podem exercer

[10] A doutrina italiana já deixou claro que condenação é um "concetto di elaborazione esclusivamente scientifico-dottrinale" (Girolamo Monteleone, Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo, cit., p. 166).

[11] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 16.

quando houver uma regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. Ora, as regras sancionadoras abstratas, quer expressas (como as do direito penal), quer latentes na estrutura orgânica da ordem jurídica (como as que prescrevem a execução civil para o caso de falta do cumprimento da obrigação), não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ato ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é só por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser-lhe aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente".[12]

Liebman, ao caracterizar a condenação pela aplicação da sanção, evidencia que a sentença condenatória está muito longe de ser uma ordem para que o devedor cumpra sua obrigação.[13] Para Liebman, essa ordem já existe na lei, de modo que o juiz, mesmo na sentença declaratória, "ao declarar existente entre as partes uma relação jurídica, pela qual uma delas deve dar ou fazer alguma coisa em favor da outra, declara e formula como vigorante entre as partes uma regra jurídica concreta que exige de uma delas o cumprimento da prestação devida".[14] Neste aspecto, a sentença declaratória não seria diferente da sentença condenatória: o que distingue a condenação, na concepção de Liebman, é a aplicação da sanção.

Liebman afirmou que a condenação opera um fenômeno complexo e vasto, que consiste na constituição de uma nova situação jurídica, autônoma no que concerne à relação substancial obrigacional, fundada na concreta vontade do Estado de que a sanção executiva atue, e que se resolve subjetivamente no poder do órgão processual de proceder à atuação da sanção executiva, no poder do credor de provocá-la (ação executiva) e na sujeição do devedor a suportá-la (responsabilidade executiva).[15]

Calamandrei, aliás, deixou claro que a condenação, na perspectiva de Liebman, seria necessária para fazer entrar em vigor a "sanzione delle sanzioni", que seria exatamente a execução forçada. De acordo com a lição do mestre de Florença, a condenação – para Liebman – não é necessária para determinar a entrada em vigor de qualquer sanção, "mas é necessária para colocar em ação aquela sanção extrema (aquela que, poderia ser dito, é a sanção das sanções) que consiste na execução forçada".[16]

Sublinhe-se que Calamandrei, embora anteriormente tenha salientado a importância dos efeitos que as sentenças produzem no plano do direito material, acabou excluindo expressamente da sua definição de condenação os aspectos que não têm ligação com a sua função processual. [17]

---

[12] Idem, p. 16.

[13] Idem, p. 14.

[14] Idem, ibidem.

[15] Enrico Tullio Liebman, Il titolo esecutivo riguardo ai terzi, cit., p. 137.

[16] Piero Calamandrei, La condanna, cit., v. 5, p. 490.

[17] Idem, p. 488 e ss. Ver Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 116.

Ao dizer que "il carattere essenziale" da condenação está na execução forçada, Calamandrei fez referência ao caso da sentença que condena o pintor a fazer um quadro ou o autor a escrever um livro: "A sentença que condena o pintor a realizar um quadro ou o autor a escrever um livro, não é uma sentença de condenação em sentido próprio; esta, qualquer que seja a fórmula que se adote no dispositivo da sentença, é simplesmente uma sentença que declara a obrigação (substancial) de realizar o quadro ou de escrever o livro. Esta sentença, ainda que seja chamada de condenação, não tem qualquer efeito prático além daquele (próprio às sentenças declaratórias) de tornar indiscutível a relação jurídica: mas a obrigação, não obstante esta condenação puramente verbal, resta aquela que era segundo o direito substancial; submetida à vontade do obrigado e não traduzindo, nem sendo suscetível de traduzir, por si, sujeição".[18]

É relevante constatar que a doutrina italiana clássica sempre estabeleceu uma correlação entre a condenação e a execução forçada.[19] Como observou, por exemplo, Gian Antonio Micheli, a condenação, como forma de remédio jurisdicional, possui a sua eficácia característica não especificamente na declaração em si, "mas na ligação eventual entre o provimento do juiz e a possibilidade, oferecida ao vencedor, de obter, se for o caso, uma outra forma de tutela, a execução forçada".[20]

---

[18] "Deriva da questo che non sono sentenze di condanna (anche se nel dispositivo si adopra la parola 'condannare') quelle sentenze che contengono *soltanto* un ordine di prestazione, cioè il comando rivolto all'obbligato di adempiere volontariamente. La semplice formulazione ufficialle della concreta volontà di legge che esige *dalla volontà dell'obbligato* un determinato comportamento, non è, se all'accertamento del comando non si accompagna l'assoggettamento alla coazione e quindi la eliminazione di ogni richiamo alla volontà dell'obligato di compiere una determinata prestazione di natura infungibile, per la quale l'ordinamento giuridico non appresti mezzi adeguati di esecuzione forzata, *non è* una sentenza di condanna. La sentenza che condanna il pittore a eseguire il quadro o l'autore a scrivere il libro, non è una sentenza di condanna in senso proprio: essa, qualunque sia la formula che il giudice adopra nel dispositivo, è semplicemente una sentenza che accerta l'obbligo (sostanziale) di eseguire il quadro e di scrivere il libro. Questa sentenza, anche se si chiama di condanna, non ha praticamente altro effetto che quello (proprio delle sentenze di mero accertamento) di rendere indiscutibile il rapporto giuridico: ma l'obbligo, nonostante questa condanna puramente verbale, resta quello che era secondo il diritto sostanziale; rimesso alla voltontà dell'obbligato e non tradotto nè traducibile, di per sè, soggezione. Lo stesso si può dire per le sentenze cosidette di condanna pronunciate dalle giurisdizioni amministrativi: anch'esse, che pur si chiamano sentenze di condanna, sono di fatto sentenze di mero accertamento, perchè manca ad esse quella possibilità di esecuzione forzata che della condanna resta il carattere essenziale ed indefettibile" (Piero Calamandrei, La condanna, cit., p. 496 e ss.).

[19] Ver Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, cit., p. 1.344 e ss.; Piero Calamandrei, La condanna, cit., p. 493 e ss.; Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 145 e ss.; Luigi Montesano, *Condanna civile e tutela esecutiva*, p. 5 e ss. e p. 19 e ss.; Edoardo Garbagnati, Azione e interesse. *Jus*, p. 333 e ss.; Girolamo Monteleone, Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 281 e ss.; Giuseppe Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, p. 138 e ss.; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit.

[20] Gian Antonio Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, v. 1, p. 48.

De acordo com a doutrina clássica, na "execução forçada" o autor apenas poderia se servir dos mecanismos executivos tipificados na lei. Chiovenda, em 1901, destacou este elemento do conceito de condenação, afirmando, na sombra dos valores do Estado liberal, a sua importância como garantia de liberdade do réu, tendo Mandrioli, por volta da metade do século passado, reafirmado a sua importância como característica da sentença condenatória e como "regra fundamental da intangibilidade da esfera de autonomia do devedor".[21]

6.6 Elementos presentes e excluídos do conceito de condenação

Como restou claro, o conceito clássico de condenação é caracterizado por abrir oportunidade para a propositura da ação de execução forçada. Liebman disse que a condenação aplica a sanção, autorizando a propositura da ação de execução forçada, ficando o Estado investido do poder de realizá-la e o condenado sujeito a suportá-la.

Tal execução forçada apenas pode se realizar mediante os meios executivos tipificados na lei, os quais não são predispostos para viabilizar a tutela preventiva ou a tutela específica dos direitos.

O conceito de sentença condenatória não teve qualquer preocupação com a prevenção do ilícito, mas apenas com a necessidade de reparação do direito violado. A função preventiva ficou reservada à ação declaratória. Lembre-se que Chiovenda, para demonstrar a sua teoria da ação, argumentou que a ação declaratória poderia ser exercida ainda que um direito não houvesse sido violado. Chiovenda, para tanto, acolheu a teria de Adolf Wach, sustentada perante o direito alemão, que afirmava que a existência da ação declaratória constituiria uma prova da autonomia da ação.[22]

Embora Chiovenda tenha se valido do argumento da ação declaratória com o objetivo de demonstrar a autonomia da ação perante o direito material, o certo é que a demonstração de uma ação que independia de violação fez também com que se deixasse claro que a violação do direito seria requisito apenas da sentença condenatória e não da sentença declaratória. Foi exatamente nesse sentido que Chiovenda se posicionou em sua célebre "proluzione" sobre "a ação no sistema dos direitos", proferida na Universidade de Bolonha em fevereiro de 1903: "É verdade que a ação pode ser coordenada à satisfação de um direito subjetivo, mas não necessariamente. Aqui interessa expor sumariamente os casos nos quais o poder de pedir a atuação da lei aparece coordenado a um simples interesse, portanto como um direito em si mesmo, independente de algum outro direito (...). O mesmo ocorre nas ações declaratórias positiva e negativa, admitidas também em nossa lei, seja em casos particulares, seja

[21] Vittorio Denti, Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 808 e ss.; Crisanto Mandrioli, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., p. 42.

[22] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo* (*Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 164-167.

como figura geral (...). Quando alguém pede que se declare a existência de uma relação jurídica, sem aspirar a outros efeitos jurídicos, que não aqueles imediatamente derivados da declaração, não afirma algum direito subjetivo contra o adversário que não o próprio direito de ação, coordenado a um interesse de declaração; qualquer tentativa de dar um outro conteúdo a este direito é inútil, porque precisamente a declaração judicial a que se tende não é prestação que se possa pretender do réu. E isto por razões mais fortes, quando a ação é coordenada a um interesse de declaração negativa, isto é, à declaração da não existência de uma relação jurídica".[23]

Liebman[24] e Carnelutti[25] igualmente partem da premissa de que a sentença condenatória pressupõe *um direito violado*. Enquanto Carnelutti frisa que também na sentença condenatória há a *declaração da responsabilidade, deixando transparecer claramente que a condenação pressupõe a violação do direito*, Liebman afirma que a condenação "*é o ato que aplica, impõe, determina* in concreto *a sanção que o transgressor deverá sofrer pelo ato cometido*".[26]

Ou seja, não há qualquer resquício de dúvida de que o conceito de condenação é insensível à tutela preventiva (tutela inibitória), uma vez que o autor tinha que, ao pedir a condenação, afirmar a violação de um direito.[27] Exatamente por isto é que a condenação jamais se ligou a meios de execução capazes de impor um não fazer, ou melhor, a não violação do direito.

Mas não é só. A sentença condenatória, além de não viabilizar a tutela inibitória, nunca teve aptidão para permitir a tutela específica dos direitos. E não se trata, obviamente, de afirmação que vá ficar solta no ar. É Chiovenda, mais uma vez, quem

[23] Giuseppe Chiovenda, L'azione nel sistema dei diritti. *Saggi di diritto processuale civile*, p. 16.

[24] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 16.

[25] Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 49.

[26] Liebman lembra que Carnelutti completou a definição que havia dado anteriormente à sentença condenatória (declaração de ato ilícito), acrescentando a declaração da sanção a que o réu deve ser submetido (Francesco Carnelutti, Titolo esecutivo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 316). Argumenta, contudo, que a declaração da sanção não é suficiente e a sentença é, nesta parte, constitutiva; antes de sua prolação não falta só a certeza, como até a existência da situação jurídica que habilita à execução (Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 16).

[27] "La concezione della condanna come tutela repressiva esprime il punto di vista più diffuso tra la dottrina processualistica tradizionale. È infatti comune, nella delimitazione dell'interesse a proporre l'azione di condanna, il riferimento ad una fattispecie già attuale di violazione del diritto posto a fondamento della domanda. Tale indicazione proviene anche dal secondo grande indirizzo interpretativo in materia di definizione della condanna, che si fonda, anziché sul collegamento con l'applicazione della sanzione, sul particolare oggetto della tutela. Si pensi, in particolare, all'ultima teoria carneluttiana della condanna come accertamento di responsabilità, che pone in luce l'idoneità della tutela ad intervenire unicamente dopo il compimento della lesione, ed anche alla teoria del Garbagnati, che fa consistere l'oggetto della condanna nell'accertamento di un diritto soggettivo *insoddisfatto*" (Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 188-189).

nos dá suporte: "Se, por sua natureza ou por falta de meios de sub-rogação, não se pode conseguir um bem senão com a execução por via coativa, e os meios de coação *não estão autorizados na lei*, aquele bem *não é conseguível no processo*, salvo a atuação (se possível, por sua vez) da vontade concreta de lei que deriva da lesão ou inadimplemento do direito a uma prestação; *salvo, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano*".[28]

O equívoco de se ligar a sentença condenatória à execução indireta – multa e prisão – foi demonstrado em artigo publicado por Mandrioli – sugestivamente intitulado de "Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata" –, em 1976, na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, quando aflorava a discussão acerca da crise da sentença condenatória, diante da sua inefetividade para a tutela dos direitos não patrimoniais e da tutela de reintegração de posse do trabalhador no emprego.

Mandrioli, ao tratar da possibilidade de se ligar a condenação à execução indireta, concluiu que o preço que deveria ser pago "para incluir, no âmbito da condenação, as sentenças suscetíveis apenas de execução indireta, seria mais elevado do que a vantagem que poderia ser obtida. Enquanto esta vantagem seria pouco maior do que a terminológica, pois se reduziria a exprimir, em termos de condenação, todas as declarações nas quais se manifesta a vontade do ordenamento de obter o resultado da execução forçada através de outros instrumentos, a contrapartida deste alargamento consistiria na inevitável cisão entre a noção de condenação e a de execução forçada. E é claro que esta cisão *deixaria um espaço vazio entre a declaração e a condenação-título executivo*, que tornaria inevitável a configuração de um *tertium genus*, vale dizer, a condenação-não título executivo".[29]

Advirta-se que Proto Pisani, um dos processualistas italianos mais originais dos últimos tempos, ao se deparar com a sentença ligada à execução indireta, cogitou expressamente a respeito de uma nova espécie de sentença, distinta da condenatória, indagando: "As sentenças que contêm ordens inibitórias (ou relativas a um fazer infungível) devem ser classificadas como uma espécie de condenação, ou constituem, ao contrário, *uma quarta espécie de sentença que se une à tradicional tripartição das sentenças* (declaratória, constitutiva e condenatória)?".[30]

6.7 Elementos incluídos no gênero sentença não-satisfativa e presentes nas novas modalidades de sentenças

A transformação do Estado e do direito implicou uma reforma profunda, no que diz respeito à natureza do dever jurisdicional de proteção aos direitos.

[28] Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 290.

[29] Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, cit., p. 1.352.

[30] Andrea Proto Pisani, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, p. 180.

O cidadão deixou de se pautar exclusivamente por um direito de liberdade ou de defesa quando percebeu que o Estado – outrora seu inimigo público – passou a ter o dever de viabilizar a sua inserção em uma sociedade justa e solidária, tornando-se, assim, devedor de prestações positivas destinadas a realizar e a proteger os direitos fundamentais.

No momento em que o dever de proteção se torna a marca do Estado, surge-lhe o dever de dar proteção aos direitos fundamentais materiais – como o direito ao meio ambiente – e, inclusive, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (o direito de ação), agora visto como um direito garantidor de todos os demais direitos.

Resta visível que a tutela pelo equivalente monetário ao valor do dano ou da obrigação não era a resposta que deveria ser dada por um Estado realmente preocupado com a proteção dos direitos. A jurisdição passa a ter, antes de tudo, os deveres de impedir o ilícito e de remover os efeitos concretos da conduta proibida, bem como os de viabilizar – obviamente, quando faticamente possível – as tutelas ressarcitória e do adimplemento da obrigação contratual nas formas específicas.

A tutela pelo equivalente é vista como uma forma de mercificação dos bens e de neutralização das diferentes necessidades do direito material, ao mesmo tempo em que se ressalta, a partir da percepção da natureza não patrimonial ou predominantemente não patrimonial dos novos direitos, a imprescindibilidade da tutela jurisdicional da *integridade do direito*.

As novas necessidades de tutela logo fizeram com que o legislador – diante do seu dever de desenhar instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos – passasse a instituir técnicas processuais destinadas a viabilizar a tutela específica do direito material.

Nesse sentido, o legislador que reformou o Código de Processo Civil foi obrigado: i) a instituir técnicas processuais voltadas a permitir a tutela específica dos direitos, aí incluída a tutela inibitória; ii) a dar ao juiz ampla latitude de poder para lhe permitir utilizar a modalidade executiva necessária e adequada ao caso concreto; e iii) a outorgar ao juiz o poder de utilizar a multa em valor variável, necessário para constranger o demandado a cumprir a decisão judicial (art. 461 do CPC).

Mais tarde, foi inserido no Código de Processo Civil o art. 461-A, voltado a permitir a tutela específica do direito real e a tutela específica do direito obrigacional que depende da entrega de coisa. Tal artigo, em seu § 3.º, advertiu que as normas do art. 461, respeitantes ao uso do meio de execução adequado e, inclusive, da multa, assim como da antecipação da tutela, podem ser empregadas quando se pretende a tutela específica que exige a entrega de coisa.

Não há como ignorar que tais sentenças são completamente diferentes da sentença condenatória. Em primeiro lugar, porque *constituem técnicas voltadas à tutela específica do direito material, e, assim, à realização de um dever do Estado constitucional*, tendo visível diferença em relação às técnicas processuais destinadas à tutela pelo equivalente, próprias de um Estado que não tem qualquer interesse em desenhar

políticas públicas voltadas a proteger de forma diferenciada os direitos, já que preocupado apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado.

Em segundo lugar, porque fundadas em um sistema executivo que *desconhece o princípio da tipicidade das formas de execução, sustentáculo do conceito de sentença condenatória e das suas características mais incisivas, a garantia de liberdade do litigante e a execução forçada*. Caso o juiz da sentença condenatória pudesse se valer da medida executiva necessária – como faz questão de lhe disponibilizar o Código de Processo Civil, através do art. 461, § 5.º –, não haveria como supor que, no conceito de condenação, estaria embutida a idéia de preservação de liberdade da parte e a execução forçada.

Em terceiro lugar, porque a sentença ligada à multa não tem qualquer semelhança com a sentença condenatória, como mostrou Mandrioli no direito italiano. A ligação da sentença com a multa revela uma forma de tutela jurisdicional inimaginável em um Estado que não pode invadir a esfera de liberdade do cidadão, ou que está impedido de atuar mediante coerção indireta para não colocar em risco a autonomia de vontade do réu.

A correlação necessária entre a condenação e a execução forçada esconde não só uma opção pela incoercibilidade das obrigações infungíveis, mas também a própria ideologia liberal da intangibilidade da vontade humana. O conceito de sentença condenatória está comprometido com as doutrinas que inspiraram o *Code Napoléon*, pelo qual "toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor" (art. 1.142), e, principalmente, com a ideologia que deu origem ao dogma de que a coerção das obrigações infungíveis constitui um atentado contra a "liberdade" dos homens.[31]

6.8 A necessidade de classificar as sentenças que dependem de execução

Como está absolutamente claro, o conceito clássico de condenação, seja em razão dos valores do Estado constitucional,[32] das novas necessidades de tutela do direito material ou ainda da realidade normativo-processual contemporânea (arts. 461, 461-A e 475-J do CPC), não serve para abarcar todas as sentenças dependentes de execução.

---

[31] Chegou-se a propor, em certo momento, no qual os fundamentos da Revolução Francesa se apresentavam com mais intensidade, uma construção das obrigações de fazer pela qual a atividade pessoal do devedor não seria *in obbligatione*, mas *in solutione*. A obrigação de fazer teria um objeto juridicamente impossível; seria, como obrigação natural, juridicamente não obrigatória. A hipótese não seria nem ao menos de obrigação alternativa, mas de simples obrigação facultativa para o devedor, que deveria os danos a título principal e teria a faculdade de liberar-se prestando o fazer (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, item 4.1.5). Ver Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, p. 83.

[32] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo* (*Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 23 e ss.

Quer dizer que o conceito clássico de condenação, exatamente por ser formado a partir de uma dada realidade, não tem qualquer chance de ser utilizado para expressar as diferentes sentenças que podem ser utilizadas a partir dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Daí a importância de se classificar as sentenças que, nos termos da Constituição Federal, das necessidades de tutela dos direitos e do atual Código de Processo Civil, dependem de execução.

6.9 Critérios para a classificação das sentenças dependentes de execução

Como dito, o art. 475-N do Código de Processo Civil substituiu o antigo inciso que falava exclusivamente em "sentença condenatória proferida no processo civil" (art. 584, I) por um inciso que diz ser título executivo judicial "a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia" (art. 475-N, I).

Uma sentença que reconhece a existência de obrigação a ser cumprida apenas pode ser qualificada a partir da análise do sistema executivo. Longe dos meios de execução, tal sentença apenas declara que resta uma obrigação a ser cumprida para que a tutela do direito seja prestada.

Esta sentença, que então seria declaratória, não se confundiria com a sentença declaratória da classificação clássica, pois declararia a necessidade de uma atividade ulterior para a prestação da tutela, enquanto que a sentença declaratória propriamente dita presta a tutela declaratória, satisfazendo o autor com a eliminação da incerteza jurídica. Porém, não há qualquer razão para se criar uma nova modalidade de sentença declaratória, já que a natureza da sentença deve ser visualizada em sua extensão para a prestação da tutela jurisdicional. Se a sentença do art. 475-N, I, não é suficiente para prestar a tutela jurisdicional do direito, ficando esta na dependência do cumprimento de uma obrigação, é intuitivo que tal sentença não pode ser definida como se fosse satisfativa (como se bastasse por si mesma), mas sim como uma sentença que depende de meios de execução.

Não quer dizer que, por ser imprescindível a consideração da técnica processual executiva, os valores do Estado e as necessidades de tutela do direito material não importem. É que, como se sabe, o sistema normativo-processual deve ser compreendido a partir da Constituição e das necessidades do direito substancial. Significa isto que a classificação das sentenças, ao se pautar pelo sistema executivo do Código de Processo Civil, não está em desconexão com a Constituição Federal e com a realidade de direito material.

Cabe reafirmar, porém, que a classificação das sentenças não se confunde com a classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos, lembrando-se que nesta última está inserida, por exemplo, a tutela jurisdicional inibitória.

Também é preciso advertir que a classificação das sentenças fica muito longe das chamadas "espécies de execução", ou das formas de execução classificadas com base na atividade física desempenhada pelo demandado – fazer, não-fazer, entregar coisa ou pagar quantia. Tais atividades, além de não espelharem a tutela jurisdicional do direito, não refletem o modo como o juiz atua para prestá-la. Note-se que o fazer pode permitir a prestação da tutela ressarcitória na forma específica ou da tutela do adimplemento da obrigação na forma específica e, além disto, não serve para expressar o que o juiz faz, a partir do sistema processual executivo, para viabilizar a sua prestação. Exemplificando: o fazer não pode ser confundido – por estar em plano totalmente distinto – com a tutela ressarcitória na forma específica ou com a sentença mandamental.

Como já foi dito, o Código de Processo Civil, ao aludir a reconhecimento de obrigação, não cria uma nova espécie de sentença declaratória, porém evidencia que tal sentença declara efeitos jurídicos no plano do direito material, no sentido de que devem ser implementadas, mediante as modalidades executivas adequadas, tutelas que dependem de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia.

Ora, é claro que a sentença não se confunde com o que é por ela prestado e almejado pelo autor – a tutela –, nem com o que deve ser feito pelo réu para que a tutela do direito seja prestada – o fazer, o pagar etc.

Do mesmo modo, não há como confundir a sentença com o meio executivo utilizado, como, por exemplo, a coerção indireta e a multa. A sentença é uma técnica processual que tem importância em si mesma – tanto é que pode ser declaratória ou constitutiva –, embora apenas adquira completa fisionomia, no caso em que a prestação da tutela do direito depende de atividade ulterior, quando relacionada com o sistema executivo.

6.10 A influência do princípio da tipicidade sobre o poder jurisdicional

A sentença, como meio técnico através do qual o juiz presta a tutela jurisdicional, recebe influência da maior ou menor latitude de poder outorgada à jurisdição para a satisfação dos direitos.

Nesse contexto, a questão que importa diz respeito à relação entre o princípio da tipicidade dos meios de execução e a extensão do poder da jurisdição. Constituiria o princípio da tipicidade dos meios executivos uma afirmação doutrinária que restringe o poder jurisdicional?

Não há dúvida de que sim. Tal princípio foi elaborado doutrinariamente para evidenciar a necessidade de limitação do poder executivo do juiz. Quis dizer que a jurisdição apenas pode ser exercida nos limites dos meios executivos expressamente tipificados na lei.

O princípio da tipicidade está acobertado pelo antigo princípio da supremacia da lei, que subordinava o Judiciário ao Legislativo.[33] Quando a validade da lei dependia apenas da autoridade que a proclamava (do Legislativo), não se dava ao Judiciário o poder de interpretar a lei na medida da Constituição, ou de trabalhar com um procedimento judicial fora dos limites estritos da lei.

No que diz respeito especialmente ao princípio da tipicidade das formas de execução, é nítida a sua relação com a necessidade de salvaguardar a liberdade do réu diante da possibilidade de uso arbitrário do poder pelo Estado-Juiz.

O processo civil da *civil law* recebeu influência do princípio da tipicidade, limitando os poderes de execução às modalidades executivas ditadas pelo legislador. Já o processo civil da *common law* trilhou caminho diverso, dando maior poder ao juiz.

O juiz da *common law* sempre teve o poder de sancionar as suas decisões mediante multa e prisão, nos casos em que o litigante comete *contempt of Court* ou pratica um ato que significa "desprezo à Corte". O *contempt of Court* possui duplo aspecto, no sentido de que pode se configurar como *civil contempt* ou como *criminal contempt*. O *civil contempt* é uma medida coercitiva que atua nas hipóteses de obrigações impostas por decisões judiciais – ao final ou no curso do processo –, e que tem por fim assegurar ao credor o adimplemento específico das prestações devidas pelo demandado. O *criminal contempt* é utilizado nos casos de comportamentos que constituem obstáculo à administração da justiça, que interferem indevidamente nesta, ou que de qualquer forma representam uma ofensa à autoridade do juiz. O *criminal contempt*, ao contrário do *civil contempt*, atua apenas no plano do interesse público no correto funcionamento da administração da justiça, o que não quer dizer que o *civil contempt* também não objetive preservar a autoridade do Estado.

O *civil contempt* abre oportunidade à imposição da multa ou da prisão no caso de simples inadimplemento do réu. O juiz possui discricionariedade na aplicação da multa e da prisão, tendo, além disso, no momento em que escolhe uma delas, a oportunidade de graduá-las de acordo com a gravidade que circunda a violação e o grau de resistência do réu.[34]

Além de o juiz da *common law* ter o poder de se valer da multa ou da prisão para sancionar as suas decisões – o que lhe confere um poder de adequação às necessidades concretas inimaginável a um juiz engessado pelo modelo das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória –, ele não está submetido a uma definição legal das modalidades executivas para poder utilizá-las diante dos casos concretos.

Não se pensa, na *common law*, em princípio da tipicidade dos meios de execução, exatamente por se partir de uma concepção de poder jurisdicional completamente

[33] Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo* (*Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 21 e ss.

[34] Ver Dan B. Dobbs, Contempt of court: a survey, cit., p. 235 e ss.; John Henry Merryman, *The civil law tradition*, p. 73.

diversa daquela forjada pelo Estado legislativo e pelo direito liberal clássico. Entende-se, na *common law*, que o juiz deve dispor de meios necessários para fazer valer as suas decisões, e por isto não deve ter o seu poder cerceado pela idéia de tipicidade das modalidades executivas.

Pois o sistema executivo brasileiro, após 1994, quando foi dada nova redação ao art. 461 do Código de Processo Civil,[35] passou a constituir um sistema misto. Isto porque o art. 461, além de ter dado ao juiz o poder de sancionar as suas decisões – finais ou antecipatórias – com multa (art. 461, § 4.º), graduando-a conforme as circunstâncias do caso concreto, conferiu-lhe o poder de determinar a modalidade executiva adequada e necessária à tutela da situação litigiosa (art. 461, § 5.º).

O art. 461 conferiu ao juiz, através de uma norma de caráter aberto, poder para utilizar a modalidade executiva adequada ao caso concreto, eliminando a necessidade de sua expressa previsão legal e assim quebrando o princípio da tipicidade.

O mesmo espírito foi adotado pelo sistema do art. 461-A,[36] ao outorgar ao juiz poder para trabalhar com a modalidade executiva adequada à tutela jurisdicional que depende da entrega de coisa. Frise-se que o art. 461-A dá ao juiz o poder de se utilizar dos parágrafos do art. 461, inclusive da multa.

Mas, ao lado dessas formas de exercício do poder executivo, conservou-se, para a obrigação de pagar quantia, a técnica da execução por expropriação, mantendo-se, com ela, o juiz preso aos meios de execução previstos na lei. O art. 475-J, embora tenha dispensado a ação de execução e previsto a incidência da multa de 10% para o caso de inadimplemento da condenação, não deu ao juiz o poder de sancionar com multa a sentença que reconhece obrigação de pagar quantia. A multa de 10%, prevista no art. 475-J, tem caráter punitivo e não coercitivo. Esta multa não objetiva permitir ao juiz constranger o demandado a pagar, uma vez que é previamente fixada na lei, não podendo ser graduada segundo as circunstâncias do caso concreto para dar ao juiz poder para efetivamente compelir ao pagamento.

Não há qualquer dúvida de que o juiz não exerce o mesmo poder quando profere uma sentença que reconhece uma "obrigação de não fazer, fazer ou entregar coisa" e quando prolata uma sentença que reconhece "obrigação de pagar quantia". Nesse último caso, a sentença reflete um poder muito mais atenuado do que no primeiro. No primeiro caso, não só o autor, mas também o juiz, de ofício, pode utilizar a medida executiva que se adequar à situação concreta. Na segunda hipótese, a realização do direito apenas pode se dar através da forma executiva previamente desenhada na lei processual.

O poder jurisdicional, exercido através da sentença que determina o pagamento de soma, é muito menos intenso do que o poder jurisdicional exercido através da sentença que trata das obrigações de não fazer, de fazer e de entregar coisa. Se isto é

[35] A norma do art. 461 foi introduzida pela Lei 8.952/94.

[36] O art. 461-A foi acrescentado pela Lei 10.444/2002.

inegável, o único argumento que poderia justificar a não distinção entre tais sentenças seria o de que a qualidade do poder exercido, embora diversa, não tem a ver com a natureza da sentença.

Falta lembrar, portanto, que a sentença sempre reflete uma forma e intensidade de poder, e que a sentença não satisfativa, por se ligar a uma forma de execução, espelha um poder que se expressa através da correlação da sentença com a forma executiva.

Se a sentença condenatória clássica, por estar correlacionada com os meios de execução forçada expressamente tipificados na lei, reflete um poder contido e limitado por uma garantia de liberdade, além de completamente despreocupado com as tutelas preventiva e específica dos direitos, *o certo é que isto ainda está presente na sentença que reconhece obrigação de pagar e tem que ser executada nos termos do art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil.*

Os valores presentes na sentença do art. 475-J são totalmente diferentes daqueles que inspiraram o sistema executivo delineado pelo art. 461. A sentença que reconhece obrigação de pagar não permite que o juiz atue sobre a vontade do demandado ou opte por forma de execução diversa da prevista na lei, sendo que a sua principal função é a de prestar a tutela pelo equivalente, em dinheiro, ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida.

É interessante perceber que, se a tutela pelo equivalente dissolve as particularidades do direito material, transformando o direito em dinheiro, e entende-se que basta uma única forma executiva – a expropriação – para viabilizar a sua satisfação, torna-se absolutamente natural a correlação da sentença do art. 475-J com uma forma de execução direta expressamente tipificada na lei.

Quando as particularidades do direito material ou as diferentes necessidades de tutela do direito substancial não importam, certamente não é preciso dar ao juiz o poder de utilizar a modalidade executiva adequada à tutela específica do direito e ao caso concreto.

De modo que a sentença que reconhece obrigação de pagar ainda conserva natureza condenatória,[37] com a diferença de que, agora, não tem mais eficácia executiva dependente de outra ação, mas sim eficácia executiva que pode viabilizar desde logo, independentemente de nova ação, a execução forçada do direito de crédito.[38]

[37] Como reconhece Ovídio Baptista da Silva, a Lei 11.232/2005 generalizou, "para todas as sentenças, com exceção apenas daquelas que condenem ao cumprimento das obrigações de pagar quantia certa, uma forma de cumprimento da sentença *diversa da condenação*" (Ovídio Baptista da Silva, Sentença condenatória na Lei 11.232, *Revista Jurídica*, v. 345, p. 20).

[38] Lembre-se que Liebman, ao tratar da evolução histórica da sentença condenatória, afirmou expressamente o seguinte: "Proferida a condenação, torna-se possível a execução. Mas por que meios? A *actio iudicati* indicada pelas fontes romanas, significando proposição de novo processo contraditório, e, portanto, formalidade demorada e protelatória, foi relegada para casos excepcionais (liquidação de condenação ilíquida, pedido de juros sucessivos à sentença etc.), ao passo que nos casos normais era suficiente simples requerimento para que o juiz, sem a audiência

De outra parte, as sentenças que reconhecem obrigação de não fazer, fazer e entregar coisa dão ao juiz o poder de utilizar a medida executiva – inclusive indireta, como a multa – que lhe parecer idônea ao caso concreto, quebrando o princípio da tipicidade e dando origem ao princípio da concentração do poder de execução, exatamente para viabilizar na jurisdição as tutelas preventiva e específica do direito material, lembrando que a tutela adequada dos direitos constitui dever do Estado constitucional, especialmente quando em jogo direitos transindividuais de natureza não patrimonial.

Acontece que, quando se pensa na sentença voltada à tutela específica e, por isto, marcada pelo princípio da concentração do poder de execução, esse poder de execução se manifesta através de duas formas: uma que incide sobre a vontade do demandado e outra que atua mediante meios de execução direta ou forçada, independentemente de qualquer vontade do réu.

6.11 A sentença que tutela o direito constrangendo a vontade do réu e a sentença que, independentemente da vontade do réu, tutela o direito mediante atos ulteriores de execução

Ainda que a sentença que se destina à tutela específica dos direitos possa ser correlacionada com formas de execução indireta e direta, é evidente a diferença entre estas formas de atuação do poder jurisdicional.

A execução indireta, que se dá através da multa ou da prisão civil, atua sobre a vontade do demandado, visando obrigá-lo a cumprir a decisão. Portanto, a sentença que se correlaciona com a execução indireta presta a tutela jurisdicional ao constranger o réu.

A execução direta realiza o direito material independentemente da vontade do demandado e, por isto mesmo, também é dita forçada.[39] De modo que a sentença que se correlaciona com meios de execução direta presta a tutela jurisdicional do direito no momento em que são adotadas as modalidades de execução direta adequadas ao caso concreto.

A distinção entre a sentença que se liga a meios de execução indireta e a sentença que se liga a meios de execução direta decorre do significado que cada uma tem, em

do devedor e lançando mão das faculdades e deveres inerentes ao seu ofício, praticasse os atos necessários a assegurar a execução da sentença por ele proferida. Denominou-se esse procedimento de 'execução *per officium judicis*', considerando-o simples prosseguimento e complemento do ato de prolação da sentença: *istud officium venit in consequentiam condemnationis* (Bartolo). Isto significou atribuir à sentença condenatória *eficácia nova*, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a execução, sem necessidade de nova ação e novo contraditório: *sententia habet paratam executionem*" (Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 11).

[39] Deseja-se dizer que tal execução permite a realização forçada do direito, isto é, independentemente da vontade do réu.

termos de realização do direito, bem como da diferença de poder que se concentra em cada uma delas e da distinção de impacto que provocam sobre a esfera jurídica do demandado.

Recorde-se que Liebman entendeu que os meios executivos que atuam sobre a vontade do réu não constituem formas de execução, mas sim figuras a ela afins. Eis o que disse Liebman: "Vários autores consideram como sendo uma forma de execução a chamada execução indireta, que consiste na aplicação das chamadas medidas de coação, tendentes a exercer pressão sobre a vontade do devedor para induzi-lo a cumprir a obrigação (multas, prisão etc.). Apesar de seu caráter coativo, essas medidas visam conseguir a satisfação do credor com a colaboração do devedor, constrangido a cumprir sua obrigação para evitar males maiores. Faltam-lhes, contudo, os caracteres próprios da execução estritamente entendida. Será verdadeira execução só a atividade eventualmente desenvolvida pelos órgãos judiciários para cobrar, por exemplo, as multas aplicadas".[40]

É claro que, diante das novas necessidades de tutela jurisdicional, não se pode concordar com Liebman, já que a coerção indireta – por exemplo, a multa – é imprescindível para constranger o demandado a não fazer e, assim, para prestar a tutela jurisdicional inibitória. A multa, nesse caso, é meio de execução da sentença que concede a tutela inibitória, sendo equivocado supor que execução somente existirá quando, havendo inadimplemento da sentença, se desejar cobrar o valor da multa. Note-se que há uma grande diferença entre ter a multa como meio de execução da sentença e a multa como valor a ser executado por meio de expropriação. *Em um caso a multa é meio de execução; no outro ela é objeto da execução.*

De qualquer forma, esta discordância em relação à doutrina de Liebman e de grande parte da doutrina italiana e brasileira – onde estão situados, por exemplo, Mandrioli[41] e Ovídio Baptista da Silva[42] – significa apenas que se entende que a coerção indireta constitui uma forma de execução, e não que as sentenças que se ligam à execução indireta e à execução direta tenham a mesma natureza.

Ao contrário, a posição de Liebman, antes referida, *apenas reforça a necessidade de se distinguir tais sentenças.* Registre-se, novamente, diante de sua força simbólica, a passagem da lição de Liebman que alude a "verdadeira execução" e deixa claro que a execução indireta visa "conseguir a satisfação do credor *com a colaboração do devedor*", faltando-lhe, por isto, "os caracteres próprios da *execução estritamente entendida*".

Se é certo que a execução direta e a execução indireta se distinguem pela circunstância de a primeira permitir a tutela do direito, independentemente da vontade do réu, e a segunda mediante o seu constrangimento, é também verdade que as duas

[40] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 6.

[41] Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, cit., p. 1.352 e ss.

[42] Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 12 e ss.

revelam formas diferenciadas de exercício do poder jurisdicional e de impacto sobre a esfera jurídica do demandado.

A atuação estatal sobre a vontade do cidadão tem sensível diferença em relação à atividade do Estado que prescinde de tal forma de intervenção. Basta lembrar que a própria doutrina francesa, de forma crítica em relação ao aumento do poder que seria proporcionado pela aplicação da multa, chegou a afirmar que a *astreinte* (a multa) invocaria o papel que era reservado ao pretor romano e que, portanto, *faria surgir um juiz que não seria aquele que melhor se adaptaria ao princípio da separação dos poderes*. Como advertem Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e André Tunc, parte da doutrina enxergou na possibilidade do emprego da *astreinte* a consagração dos princípios do direito romano e do antigo direito francês sobre o papel do juiz, e, assim, o perigo do ressurgimento de um juiz arbitrário ou destituído de controle e de limites.[43]

Ademais, a execução indireta tem um impacto sobre a esfera jurídica do demandado bem mais drástico do que o da execução direta. E aqui vale recordar que o Código Napoleão, em seu art. 1.142, disse que "toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor", constituindo a consagração normativa dos princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista.[44] Ou seja, o direito liberal, para impedir o juiz de exercer *imperium* e para mantê-lo sob a batuta do Legislativo, bem como para salvaguardar a liberdade e a autonomia privada do cidadão, impediu o juiz de atuar sobre a vontade do demandado e, assim, ordenar, sob pena de coerção indireta.

Perceba-se que, enquanto a concentração dos poderes de execução revela a quebra do princípio da tipicidade, o emprego da coerção indireta significa a ruptura do dogma da incoercibilidade da vontade do particular por parte do Estado.

Tudo isto é mais do que suficiente para exigir do doutrinador a distinção entre a sentença que atua mediante execução indireta e a sentença que se vale de meios de execução direta.

6.12 Sentença com eficácia executiva (condenatória) e sentenças de executividade intrínseca

É importante sublinhar que as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais, que variam conforme as necessidades do direito material,

[43] "Par sa nature, la théorie des astreintes se rattache à la matière des voies d'exécution: si ce n'est pas à proprement parler une voie d'exécution, c'est tout au moins un moyen indirect d'assurer l'exécution d'un jugement. En s'en servant, les juges font usage, non de leur *jurisdictio*, mais de leur *imperium*" (Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité de droit civil*, p. 591). Ver Henri Mazeaud, León Mazeaud e André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, v. 3, p. 640-641.

[44] Ver Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, p. 36 e ss.

expressas em cada momento histórico. É por isto que toda e qualquer classificação das sentenças tem uma visível relatividade histórica, já que os seus conceitos dependem do Estado e da legislação processual em que estão inseridas. De modo que toda *classificação de sentenças é transitória*, sendo desta forma equivocado imaginar que uma classificação possa se eternizar, como se as classificações devessem obrigar os juristas a ajeitar as novas realidades aos antigos conceitos.

As classificações têm a função de acomodar ou agrupar os conceitos que têm algo em comum, demonstrando o seu ponto de contato e as suas distinções. O que importa, quando se toma em consideração o novo art. 475-N, I, e se analisa as sentenças que reconhecem obrigações de não fazer, fazer, entregar coisa e pagar quantia, é justamente saber se há aí distinções dignas de relevo, capazes de obrigar o doutrinador a definir diferentes espécies de sentença.

A sentença, quando depende de atividade ulterior para prestar a tutela do direito, não pode ter a sua natureza definida à distância do sistema executivo ao qual é ligada. A sentença, ao se correlacionar com formas de execução, reflete o modo técnico-processual escolhido pelo legislador para dar tutela ao direito material, opção esta que traz em si a forma como o poder jurisdicional deve se manifestar para garantir o direito fundamental de ação.

Como foi demonstrado acima, a sentença que, reconhecendo obrigação de pagar quantia, deve ser executada com base no art. 475-J conservou natureza condenatória, tendo todas as principais características presentes no velho conceito de condenação.

A dispensa da execução nada mais é do que uma modificação do grau da eficácia executiva, que antes era subordinado a uma nova ação e agora permite que o efeito executivo seja produzido na própria ação, que hoje é instaurada para a obtenção da tutela pelo equivalente ou para a tutela do crédito, e não mais apenas para o simples alcance da condenação.

É preciso perceber que a sentença que reconhece obrigação de pagar ainda apenas condena, ou melhor, *impõe a sanção executiva*, *abrindo oportunidade para o requerimento de execução* ou de penhora de bens do devedor. Ao contrário, as sentenças que reconhecem as obrigações de não fazer, fazer ou de entregar coisa *contêm* as modalidades executivas idôneas à tutela do direito material. A sentença que reconhece obrigação de pagar quantia *apenas autoriza o requerimento* dos meios de execução, enquanto as sentenças que reconhecem as obrigações de não fazer, fazer ou de entregar coisa têm *executividade intrínseca*.

Ou seja, mesmo no estrito plano da técnica processual executiva, isto é, no plano da técnica instituída pelo legislador para viabilizar a execução das sentenças, há evidente distinção entre a sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, de um lado, e as sentenças que reconhecem as obrigações de não fazer, fazer ou de entregar coisa, de outro. A sentença que reconhece obrigação de pagar quantia continua a não

ter qualquer conteúdo executivo, ao contrário do que acontece com as outras duas, que fazem das modalidades de execução componentes essenciais de suas feições.

Note-se, aliás, que a execução apenas integra a fase de conhecimento ou a sentença nos casos em que se reconhece obrigação de não fazer, fazer ou de entregar coisa, não na hipótese de reconhecimento de obrigação de pagar quantia. Neste último caso, não há qualquer elemento de executividade na composição da sentença. Melhor explicando: enquanto as sentenças que reconhecem obrigações de não fazer, fazer e entregar coisa têm *executividade intrínseca*, a sentença que reconhece obrigação de pagar quantia tem apenas *eficácia executiva*, restando a produção do efeito executivo na dependência de requerimento do credor.

É exatamente por isto que as sentenças que reconhecem as obrigações de não fazer, de fazer e de entregar coisa, quando classificadas, tomam em conta as modalidades executivas *nelas contidas*, ao passo que a sentença que reconhece obrigação de pagar, por não conter meio de execução em seu conteúdo, é particularizada pela circunstância de deter *eficácia executiva*, ou, como queria a doutrina clássica, por impor a sanção executiva, *autorizando a execução por expropriação.*[45]

6.13 Sentenças de executividade intrínseca: sentenças mandamental e executiva

Porém, não há como deixar de distinguir, no interior do sistema executivo marcado pela concentração dos poderes de execução do juiz, a sentença que se correlaciona com a execução indireta e a sentença que se correlaciona com a execução direta.

A sentença ligada à execução indireta é mandamental. Nela, o juiz utiliza a força do Estado para estimular o vencido a adimplir. A sentença condenatória exorta ao pagamento, criando os pressupostos para a execução forçada do direito à soma em dinheiro. Já a sentença mandamental manda que se cumpra, mediante o emprego de coerção indireta. Na condenação são apenas criados os pressupostos para a execução forçada, ao passo que na sentença mandamental há ordem para que se cumpra. Há

[45] Ademais, é fora de dúvida que o poder outorgado ao juiz diante da sentença que reconhece obrigação de pagar – reflexo da forma executiva a ela correlacionada – possui natureza completamente diferente daquela que marca as sentenças que reconhecem obrigação de não fazer, fazer e entregar coisa – como é visível diante das normas que outorgam ao juiz uma ampla latitude de poder para utilizar a medida executiva adequada ao caso concreto. Não apenas a dimensão do poder do juiz é distinta, mas também a finalidade da sentença. O aumento do poder do juiz decorre da imprescindibilidade de o Estado outorgar tutela efetiva ao direito material. Ou seja, na hipótese em que o poder de execução é concentrado, confere-se ao juiz maior poder para lhe ser possível prestar a tutela específica do direito. Em outras palavras: como o Estado tem o dever de prestar tutela específica ao direito material, o legislador confere ao juiz maior latitude de poder para tanto, instituindo mecanismos técnicos processuais bem caracterizados diante daqueles que, tendo outro fim, refletem um poder jurisdicional mais atenuado.

um "mandado", que não se confunde com o mandado que será expedido, já que o juiz *manda* que se cumpra e não apenas exorta ao cumprimento. Na sentença mandamental não há apenas exortação ao cumprimento, e há ordem de adimplemento que não é mera ordem; porém, é ordem atrelada à coerção indireta.

A sentença que ordena mediante o emprego de coerção indireta usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena apenas abre oportunidade para o uso desta força. É correto dizer, nesse sentido, que a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, enquanto a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva.[46]

Na sentença que se correlaciona com a execução direta, dita executiva, o emprego da força estatal se dá de forma totalmente diferente, exprimindo-se nos meios de execução voltados à realização forçada do direito.

O fato de a sentença executiva depender, assim como a condenatória, de meios de execução direta obviamente não as torna homogêneas. Isto pela simples razão de que o fato de a modalidade executiva ser direta nas duas sentenças é algo irrelevante no contexto em que as sentenças estão inseridas. Tanto é verdade que as sentenças executiva e mandamental, apesar de serem facilmente separadas em uma perspectiva técnico-processual, fazem parte de um sistema executivo diverso daquele em que a condenação está mergulhada. A sentença executiva tem como característica principal ser uma técnica que reflete a intenção do legislador em dar ao juiz o poder de utilizar a medida executiva necessária ao caso concreto, reflexo da necessidade de o Estado proteger os direitos na forma específica.

Aqui não importa se a execução direta substitui uma prestação (obrigacional) devida pelo demandado ou apenas implementa a tutela do direito. É certo que a sentença que se liga à execução direta, mas depende da imposição de fazer, não fazer e de entrega de coisa pode caracterizar-se como sentença que independe de prestação do demandado, ou como sentença que requer a execução para implementar a prestação devida pelo réu.

Porém, embora essa distinção seja verdadeira, tenha importado para revelar a particularidade da tutela dos direitos reais e, no presente momento histórico, tenha relevância para demonstrar que a tutela contra o ato contrário ao direito não depende da implementação de uma prestação, há um elemento capaz de unificar em uma só categoria as sentenças que dependem e independem de uma prestação (obrigacional, note-se bem).

Tal elemento é vinculado à circunstância fundamental de que essa categoria sentencial objetiva a *tutela específica dos direitos* e, justamente por isso, funda-se no princípio da concentração dos poderes do juiz, *afastando-se do clássico princípio da tipicidade dos meios executivos.*

[46] Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., Parte II, Capítulo 8.

É preciso sublinhar que foi o escopo de tutela específica do direito material que fez com que o poder executivo do juiz fosse amplificado, quebrando-se o princípio da tipicidade dos meios de execução e outorgando-se ao litigante uma forma muito mais complexa e sofisticada de controle das decisões. Ou melhor, a base do novo sistema executivo, e desta forma a inspiração de outra classificação das sentenças, está no direito hegemônico, marcado por situações de direito substancial próprias ao Estado constitucional, as quais não podem ser adequadamente protegidas através da tutela ressarcitória e da técnica da sentença condenatória, mas apenas da tutela específica e das novas sentenças dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

A sentença executiva não decorre da estrutura do direito material tutelado, mas sim do sistema de execução em que se insere, o qual confere ao juiz poder para determinar a modalidade executiva necessária à situação de direito substancial e ao caso concreto, visando à tutela na forma específica. De modo que não se aceita, nesse instante, a tese de Satta[47] e Pontes de Miranda,[48] que define a sentença executiva a partir da estrutura do direito tutelado, negando sentença executiva aos direitos dependentes de prestações, ou melhor, às obrigações.

Não há dúvida que a concentração dos poderes do juiz importa especialmente para a efetividade das tutelas inibitória e de remoção do ilícito e da tutela do direito real, as quais não exigem prestações do demandado. Entretanto, não há como negar que esse mesmo sistema executivo também se aplica às sentenças cujo implemento depende do cumprimento de obrigação contratual ou de ressarcimento do dano na forma específica.

Em resumo: de acordo com o art. 475-N, a obrigação de pagar quantia é tutelada mediante sentença condenatória, mas as obrigações de não fazer, fazer e entregar coisa podem ser tuteladas mediante sentença mandamental ou sentença executiva. A sentença condenatória apenas tutela obrigação de pagar, enquanto as sentenças mandamental e executiva podem tutelar somente obrigações de não fazer, fazer ou entregar coisa.

[47] Salvatore Satta, L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti. *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, v. 2, p. 4 e ss.

[48] Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, p. 17 e ss.

7

Liquidação da Obrigação

7.1 Requisitos da obrigação a executar

O título executivo, judicial ou extrajudicial, deve conter obrigação certa, líquida e exigível. É o que prescreve claramente o art. 586 do CPC, em relação à execução de títulos extrajudiciais, e também o que decorre da leitura do contido nos arts. 475-I, § 2.º, e 475-J do CPC.

Tais características eram comumente associadas ao título executivo, mas na verdade – como agora fazem questão de esclarecer as novas redações dos arts. 580 e 586[1] (introduzidas pela Lei 11.382/2006) – são atributos da *obrigação a ser executada*. Ou seja, é a obrigação que deve ser certa, líquida e exigível e não propriamente o título. De todo o modo, somente se admite que o processo prossiga para a fase executiva se a obrigação reconhecida pela sentença tiver tais características.

7.1.1 *Exigibilidade*

É óbvio que a obrigação ainda não exigível não pode ser coativamente imposta, nem fora do processo, nem dentro dele. Se uma obrigação sujeita a termo ainda não ultrapassou a ocasião indicada, pode-se ajuizar demanda para ver reconhecida a sua

[1] O art. 586, *caput* tinha a seguinte redação: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível". A Lei 11.382/2006 alterou a redação desse artigo, que agora é a seguinte: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em *título de obrigação* certa, líquida e exigível". Ou seja, a nova redação do art. 586 deixou claro que é a obrigação, e não o título, que deve ser "certa, líquida e exigível".

existência (ação declaratória), mas jamais se conseguirá exigir sua satisfação pela via judicial. O mesmo se dirá em relação às condições suspensivas, aos encargos ou mesmo à contraprestação devida em contratos sinalagmáticos.

Em todas estas situações, a prestação não pode ser exigida sem a ocorrência de alguma outra situação, que confere àquela a necessária eficácia de *pretensão*. A exigibilidade, portanto, liga-se ao poder, inerente à prestação devida, de se lhe exigir o cumprimento. Trata-se de elemento extraprocessual, mas também assimilado pelo processo, pois sem ele não há o que fazer cumprir.

A lei brasileira não admite sentenças condicionais (art. 460 do CPC), de modo que o problema da exigibilidade, normalmente, só diz respeito aos títulos extrajudiciais. É certo que o juiz poderá estabelecer prazo para o cumprimento voluntário da prestação contida na sentença, situação em que o problema da exigibilidade poderá surgir. Porém, estes casos são excepcionais, uma vez que, em regra, a imposição da prestação é imediata.

7.1.2 Certeza

Além de revestir-se do caráter da exigibilidade, a prestação sujeita ao cumprimento também deverá ser *certa*. Esta característica refere-se à existência da prestação que se quer ver realizada. O Código Civil revogado trazia regra que determinava este elemento, dizendo considerar-se líquida a obrigação que fosse "certa, quanto à sua existência", e determinada em relação ao seu objeto (art. 1.533). Embora a regra não tenha sido repetida no Código Civil de 2002, a compreensão da característica permanece a mesma. A certeza diz respeito à ausência de dúvida quanto à existência da obrigação que se pretende exigir.

Como é óbvio, trata-se de certeza relativa, mesmo porque é possível que, no curso do processo, perceba-se que a prestação (que se entendia como existente) é inexistente, seja porque foi extinta (pelo pagamento anterior à execução, por exemplo), seja porque nunca existiu (hipótese em que o título que sustentava a execução é reconhecido como falso). Ainda assim, nos termos deste elemento, é preciso que o juiz proceda a um exame (ainda que sumário) do título e da obrigação que lhe é apresentada para execução, a fim de verificar se eles possuem elementos mínimos de segurança. Nesta perspectiva, não se pode autorizar a execução i) de duplicata sem aceite (ou sem o protesto pela falta de aceite, acompanhado do comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço[2]), ou ii) de sentença arbitral que

[2] "Processual civil. Execução. Embargos do devedor. Duplicatas sem aceite. Entrega da mercadoria. Não-comprovação. Título não executável. Improvimento. Não constitui título executivo extrajudicial hábil a aparelhar a ação de execução a duplicata não aceita que, embora protestada, não está acompanhada de documento que comprove a entrega e o recebimento da mercadoria pela parte executada" (TAMG, 9.ª Câm. Cív., Ap. Cív. 2.0000.00.451003-8/000, rel. Des. Luciano Pinto, *DJ* 12.08.2004).

não preencha os requisitos do art. 26 da Lei 9.307/96, ou iii) de uma sentença homologatória de acordo que não indique os seus parâmetros nem venha acompanhada dos termos em que foi realizado.

Não é função do juiz reexaminar a discussão conduzida no processo de conhecimento, reapreciando a causa, mesmo porque a coisa julgada o impediria de assim proceder. Todavia, é preciso avaliar se o título oferecido para execução possui os mais básicos elementos que permitam a identificação da *existência* de uma prestação devida. Este juízo é provisório, podendo ser revisto diante de impugnação à execução.

7.1.3 Liquidez

Por fim, toda espécie de obrigação que se pretenda exigir judicialmente deve ser líquida. A liquidez diz respeito à extensão e à determinação do objeto da prestação (art. 1.533 do Código Civil revogado). De fato, não se pode exigir de alguém a prestação de alguma coisa que não se sabe exatamente o que é. Portanto, a liquidez diz respeito à exata definição daquilo que é devido e de sua quantidade.

7.2 Liquidação da obrigação. Considerações gerais

Os títulos executivos extrajudiciais normalmente nascem líquidos, já que os títulos de crédito – principal grupo destes – obrigatoriamente devem expressar o exato valor da dívida que representam (por exemplo, art. 1.º, II, da Lei 7.357/85; art. 1.º, II, e art. 54 do Decreto 2.044/1908; art. 2.º, § 1.º, V, da Lei 5.474/68).

Porém, é preciso advertir que, excepcionalmente, os títulos extrajudiciais também podem ser ilíquidos, sujeitando-se então à liquidação. É o que ocorre com os compromissos de ajustamento de conduta (art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública), que, por poderem conter prestações ilíquidas – de toda natureza, inclusive de pagar –, devem ser liquidados para que seja viabilizada a execução.

Em regra, apenas os títulos judiciais apresentam problemas quanto à liquidez da obrigação, não sendo rara a situação em que juiz não tem condições de determinar, de pronto ou de modo definitivo, a exata extensão do valor devido por conta de certa obrigação. Isto acontece nos casos em que a lei admite pedido indeterminado (art. 286 do CPC), o que poderá gerar sentença "genérica", em que não é expressa a indicação exata do valor devido. Em tais casos, tem-se sentença ilíquida, que necessitará, para ser cumprida, de anterior *liquidação*, o que se faz por meio de *incidente* capaz de especificar o objeto da prestação ou o seu valor (art. 475-A e ss., do CPC). Tal incidente é uma *fase* que segue à sentença, inaugurada através de *requerimento* de liquidação, do qual a parte deve ser *intimada* na pessoa do seu advogado (art. 475-A, § 1.º).

A liquidação poderá ocorrer tanto para subsidiar execuções de decisões transitadas em julgado quanto execuções de decisões provisórias. Porém, o art. 475-A, § 2.º, afirma textualmente "que a liquidação poderá ser requerida na pendência do recurso", de onde se conclui que a liquidação pode ser feita na pendência do recurso

de apelação, comumente recebido no efeito suspensivo. Quer dizer que a norma autoriza a liquidação da decisão provisória, ainda que a sua execução esteja suspensa pelo recurso.

A possibilidade da decisão impugnada por recurso poder ser liquidada não advém da circunstância de poder ser imediatamente executada. O objetivo da norma foi o de dar maior tempestividade à definição da totalidade do litígio, encurtando o prazo para a execução. Ao invés de a liquidação ser viável apenas após o julgamento da apelação, passa a ser possível desde a prolação da sentença, sugerindo a idéia de que, enquanto processado o recurso em 2.º grau de jurisdição, pode ser feita a liquidação em 1.º grau. É claro que a prévia liquidação poderá se tornar inútil em caso de provimento da apelação. Exatamente por isto, a liquidação, embora admissível na pendência de recurso recebido com ou sem efeito suspensivo, depende de juízo de oportunidade da parte.

A liquidação da decisão provisória ocorre em autos apartados, no juízo de origem, já que o processo, em razão do recurso, está em outro grau de jurisdição. O credor que tiver interesse em promover a liquidação da decisão provisória deverá requerê-la ao juiz de origem da causa, instruindo seu pedido com cópias das peças processuais necessárias.

Ao lado disso, há sentenças que, por expressa previsão de lei, não podem ser liquidadas. Diz o art. 475-A, § 3.º do CPC que as sentenças proferidas em procedimento sumário, tratando de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre e de cobrança de seguro relativamente aos danos causados em acidente de veículo (art. 275, II, *d* e *e*, do CPC), devem ser necessariamente líquidas, não admitindo liquidação ulterior.

Pressupõe a lei que é sempre possível, em tais casos, chegar-se a um valor líquido na sentença, de modo a se dispensar futura liquidação. Em alguns casos, particularmente naqueles que demandam mera valoração do dano patrimonial acarretado ao veículo acidentado, em que as partes podem apresentar orçamentos ou avaliações privadas, não há grande dificuldade em se fixar o montante do dano. Mas haverá situações em que será virtualmente impossível ter-se, de pronto, o valor líquido da indenização, ainda que digam respeito a litígios que se enquadrem nas referidas normas do art. 275, II.[3]

[3] "Visto isso, o alcance prático da norma é discutível. Se de um lado pode simplificar o procedimento nos casos em que apenas o dano material está em questão, ou ainda nas hipóteses em que se postula também dano extrapatrimonial passível de arbitramento judicial, de outro, a disposição expele do rito sumário as causas mais complexas, gerando tendência quase irresistível à ordinarização. Nenhum advogado minimamente experiente promoveria demanda de rito sumário, conhecendo a orientação do STJ [que admite que o autor adote o procedimento ordinário nas causas que envolvem acidente de veículos terrestres, salvo existindo prejuízo ao réu – por exemplo, REsp 737260], quando a causa encerrasse maior vulto econômico, arriscando-se a ver decidida 'ao prudente critério do juiz' matéria de grande impacto econômico para o autor, sem qualquer possibilidade de criteriosa e apropriada liquidação" [Daisson Flach, Comentário ao art. 475-A, *A nova execução* (coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), p. 50].

Pense-se, por exemplo, em caso de atropelamento por veículo terrestre, em que a vítima deva submeter-se a tratamento de longo prazo. Está-se diante de hipótese em que as conseqüências do ilícito somente serão visíveis no futuro (art. 286, II do CPC) e o valor integral do dano só será obtido depois de concluído o tratamento (cirurgia, fisioterapia etc.) da vítima, que pode consumir anos. Não seria justo obrigar este sujeito a aguardar todo o tratamento para somente então poder demandar contra o autor do ilícito, nem seria correto impor-se ao juiz arbitrar aleatoriamente valor para a indenização. Fica claro, pois, que a regra em questão não pode ser vista de forma rígida, sob pena de inviabilizar a adequada tutela jurisdicional de certas situações, em flagrante ofensa ao art. 5.º, XXXV, da CF.

Mas não é apenas a sentença civil que constitui *título judicial* passível de liquidação. O art. 475-N, parágrafo único, diz que, nos casos de "sentença penal condenatória transitada em julgado", "sentença arbitral" e "sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça" (art. 475-N, II, IV e VI), "o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de *citação* do devedor, no *juízo cível*, para *liquidação* ou execução, conforme o caso". Embora o preceito diga que tais sentenças devam ser *liquidadas e executadas* no juízo cível, e em tese se possa ter a liquidação de uma sentença arbitral, a norma, quando alude a *liquidação*, visa atingir apenas a sentença penal condenatória. Note-se que a sentença arbitral pode – e deve – ser liquidada perante o juízo arbitral, enquanto a sentença penal condenatória deve ser liquidada necessariamente no juízo cível. Neste caso, a liquidação exige a citação do devedor, no juízo cível, constituindo um procedimento autônomo e não uma fase posterior à fase de conhecimento. Como é óbvio, aí não há fase de conhecimento anterior, já que o título judicial foi proferido em local distinto daquele em deverá ser liquidado.

A liquidação de obrigação pode acontecer por três formas distintas: por cálculo, por arbitramento ou por artigos. A primeira delas, em regra, é feita extrajudicialmente, enquanto as outras ocorrem perante o Poder Judiciário.

Por fim, cabe também esclarecer que não se entende como ilíquidos os títulos executivos em que o valor exato a ser pago, embora não expresso no seu texto, possa ser obtido pela simples aplicação de índices ou de indexadores de mercado (salário-mínimo, índice de correção monetária, dólar, C.U.B. etc.).[4] Tais títulos, em razão disso, não precisarão ser liquidados para que se autorize a execução.

7.3 Natureza da liquidação

Antes das reformas processuais – que tiveram início em 1994 –, discutia-se intensamente sobre a natureza da liquidação da sentença. Era comum entender

[4] Por exemplo, STJ, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 85837, *DJ* 19.12.1997.

que se tratava de processo autônomo, complementar ao processo de conhecimento (de onde resultava o título executivo), tendo o objetivo de estabelecer o *quantum debeatur* – uma vez que o *an debeatur* já havia sido fixado na sentença do processo de conhecimento. Nesta época, havia três procedimentos judiciais para a liquidação das sentenças (cálculo, arbitramento e artigos), que resultavam em novas sentenças (integrativas das anteriores), de modo a tornar a obrigação líquida e apta ao processo de execução.

Com a reforma de 1994, suprimiu-se o procedimento de liquidação por cálculo – anteriormente feita por contador judicial –, que passou a ser de responsabilidade exclusiva do exeqüente, obrigado a apresentar, com a inicial da execução, a memória discriminada do cálculo procedido para a liquidação da prestação devida. Na verdade, a necessidade de procedimento judicial – em caso de sentença que dependesse de mero cálculo – restou, desde então, limitada a situações em que fosse necessário (para a elaboração do cálculo) obter informações em posse do requerido ou de terceiros, bem como a hipóteses em que se houvesse encontrado valor manifestamente exagerado.

A partir daí, passaram a existir apenas procedimentos para a liquidação por arbitramento e por artigos, cuja natureza, porém, era altamente discutível. Muitos entendiam que a liquidação por artigos gerava um processo autônomo, o mesmo não ocorrendo com a liquidação por arbitramento.

Mas este intenso debate, embora ainda presente, não tem mais sentido. A lei atual não deixa dúvida quanto às formas de liquidação existentes, nem à sua natureza jurídica. Embora ainda haja resistência de parte da doutrina, a Lei 11.232/2005 eliminou a possibilidade de se concluir pela existência de "processo autônomo" em qualquer das modalidades de liquidação (cálculo, arbitramento ou artigos).

Note-se que, indiscriminadamente, o CPC (arts. 475-A, § 1.º e 475-H) agora alude a "requerimento" de liquidação (e não a petição inicial), a intimação da parte contrária a respeito deste requerimento (e não a citação) e ainda o cabimento de agravo contra a decisão que julga tal incidente (e não a apelação). Todos estes elementos apenas confirmam que a necessidade de liquidação não exige nova ação e novo processo.

Os conceitos de requerimento de liquidação e de intimação do devedor deixam claro que o credor não precisa propor ação – que instauraria novo processo – nem requerer a citação do réu para se defender. Exatamente porque a liquidação é concebida como uma fase do processo já instaurado, basta ao credor requerer a liquidação e a intimação do devedor.

A mesma Lei 11.232/2005 – que instituiu o art. 475-A, § 1.º, falando em requerimento de liquidação e de intimação do devedor – revogou o inciso III do art. 520, que afirmava que cabia *apelação* contra a sentença que julgava a liquidação de sentença, e inseriu o art. 475-H, que diz que "da decisão da liquidação caberá *agravo de instrumento*", com o único propósito de evidenciar que o processo, após a realização da liquidação, prossegue normalmente, adentrando na fase de execução.

De fato, é clara a opção legislativa por outorgar à liquidação a natureza jurídica de *incidente*, a ocorrer como fase posterior à sentença e anterior à fase voltada ao seu cumprimento. Portanto, não mais cabe qualquer diferenciação entre as formas de liquidação. Todas elas – até mesmo a liquidação por artigos, que anteriormente poderia suscitar alguma dúvida – têm natureza de incidente do único processo instaurado.

Tal processo é instaurado por uma única ação, através da qual se pede tutela jurisdicional do direito que exige sentença e pode depender de liquidação e execução. Assim, por exemplo, a ação ressarcitória pelo equivalente, para prestar a tutela do direito, exige *sentença condenatória* e pode depender de liquidação por cálculo e de execução por expropriação. Trata-se, como é óbvio, de técnicas processuais destinadas a viabilizar a tutela jurisdicional do direito, correspondendo às fases de conhecimento, de liquidação e de execução. *Quando se constata que a tutela do direito é apenas uma (a tutela ressarcitória pelo equivalente), torna-se fácil perceber que há apenas uma ação e um processo, ainda que a tutela jurisdicional do direito exija a fase de conhecimento e possa depender das fases de liquidação e de execução.*

Em resumo, a liquidação passou a ser mera fase do processo, constituindo providência *integrativa* da sentença exeqüenda, com o objetivo de oferecer liquidez ao título antes ilíquido.

7.4 Liquidação por cálculos

O CPC prevê, como primeira forma de liquidação, a que é feita por cálculo (art. 475-B). Esta liquidação, em regra, é realizada extrajudicialmente, a cargo exclusivo do credor. Neste caso, cumpre ao credor, ao requerer a execução da condenação, instruir seu pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo que fez para chegar à determinação exata do *quantum debeatur*.

Em outras palavras, quando a apuração exata do *quantum* depender apenas de cálculo aritmético, deverá o credor elaborá-lo privadamente, apresentando ao juiz o detalhamento das operações feitas (somas, multiplicações, aplicação de índices de juros etc.) e o resultado final.

Não é suficiente a apresentação do cálculo apenas com o resultado total ou com os resultados parciais (principal, juros, correção e multa). É necessário que o credor detalhe estes produtos, indicando como foram obtidos. Ou melhor, a memória de cálculo deve apresentar a evolução do crédito, explicando a sua formação mediante a indicação do índice de correção monetária e da taxa de juros, assim como os períodos em que incidiram.

A função deste detalhamento é demonstrar como se chegou ao valor que se pretende executar, dando ao juiz e ao devedor efetivo conhecimento a respeito da sua composição. Exatamente por isto, o credor não pode se limitar a apresentar resultados parciais ou omitir dados importantes para a compreensão do cálculo.

A memória discriminada e atualizada do cálculo deve acompanhar o requerimento de execução da sentença ou a petição inicial da ação de execução, conforme o caso. A sua apresentação é imprescindível, pena de restar inviabilizado o impulso à fase de execução da sentença (art. 475-J, *in fine*, do CPC) ou de ser indeferida a petição inicial da ação de execução (art. 614, II, do CPC).

Contudo, o art. 475-B prevê duas hipóteses em que é possível a instauração de um incidente processual ligado à liquidação por cálculo. Ambas têm o objetivo de contribuir para a liquidação, viabilizando o cálculo.

7.4.1 *Necessidade de dados em poder do devedor ou de terceiros*

O art. 475-B, § 1.º, trata da situação do credor que, para realizar o cálculo, necessita de dados que estão em poder da parte contrária ou de terceiros. Não é incomum pensar em situações nas quais o cálculo a ser elaborado depende de dados ou de informações que não estão disponíveis ao credor, mas estão de posse ou do devedor ou de terceiros.[5] Nestes casos, está o credor despido de condições de proceder ao cálculo por força própria, já que não dispõe dos elementos necessários para tanto.

Nestas hipóteses, o credor deve solicitar – mediante requerimento simples – ao juiz da causa[6] que intime o devedor, ou cite o terceiro, para que preste as informações necessárias em prazo não superior a trinta dias (art. 475-B, § 1.º).

O requerimento, por se tratar de figura semelhante àquela que inaugura o incidente de exibição (arts. 355 a 363 do CPC), deve conter elementos suficientes para permitir a identificação dos dados e dos documentos exigidos, a indicação de sua pertinência com os cálculos a serem elaborados e a justificativa para que se infira que tais dados e documentos estão de posse do devedor ou do terceiro (art. 356 do CPC).

Note-se que aí não há instauração de processo autônomo. Trata-se de mero incidente ligado ao processo de conhecimento (antecedente à fase do cumprimento da sentença) ou ao processo de execução (sentença penal condenatória transitada em julgado – art. 475-N, II). De todo modo, variará o procedimento segundo se trate de incidente formado contra o executado ou contra terceiro.

---

[5] Assim, por exemplo: "Agravo de instrumento. Fornecimento de documentação necessária à liquidação do julgado. Instituto de previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. RAPI-105. SEFAZ. Tratando-se de documentos relativos à evolução dos pagamentos realizados à pensionista pela Autarquia Estadual, que se encontra em poder desta e de outros documentos relativos ao órgão de origem do instituidor do benefício e/ou da Secretaria da Fazenda do Estado, devem eles ser requisitados pelo juízo, na forma do art. 475-B, § 1.º, do CPC, sem ônus para a agravante. Por maioria, deram provimento" (TJRS, 2.ª Câm. Cív., AgIn 70017067109, rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, j. 13.12.2006).

[6] Ou ao juiz que seria competente, caso o feito ainda não tramite pela Justiça Civil.

Intimado o devedor, poderá silenciar, apresentar os dados solicitados ou justificar a não apresentação, alegando que não os possui. Nesse caso, caberá ao juiz examinar a justificativa, se necessário determinando a produção de prova. Omitindo-se o devedor, ou julgada não provada a justificativa, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor sem as informações (art. 475-B, § 2.º), ficando o devedor ainda sujeito às sanções do art. 14, parágrafo único, do CPC, sem prejuízo da sua responsabilidade por crime de desobediência. Trata-se, por óbvio, de *presunção relativa*, de modo a ser afastada quando houver evidente descompasso com a realidade.

A presunção relativa, uma vez aplicada, torna-se indiscutível após o exaurimento da via do agravo, o que significar dizer que a questão do cálculo não poderá ser retomada pelo devedor, com base nos dados negados, através de impugnação (art. 475-L).

Mas, caso o dado não entregue pelo devedor seja *imprescindível* para se chegar ao valor devido ou, em outros termos, para o credor proceder ao cálculo, de nada adiantará a sanção preconizada pelo art. 475-B, § 2.º, primeira parte, devendo o juiz determinar a busca e apreensão. Assim, resgatadas as informações imprescindíveis, terá o credor condições de proceder à conta necessária.

Quando o incidente dirigir-se contra terceiro, esse poderá não se pronunciar, entregar a documentação solicitada ou justificar a impossibilidade de fazê-lo por dela não dispor. Apresentados os dados, ter-se-á por encerrado o incidente, procedendo o credor ao cálculo devido. Havendo justificativa da impossibilidade de oferecê-los, o juiz deverá examinar a escusa oferecida, determinando, caso necessário, a produção de prova.

Tem aí aplicação o regime previsto no art. 362 do CPC. Assim, diante de omissão ou de justificativa julgada infundada, caberá ao juiz determinar o depósito dos dados requisitados em cartório, ou em outro local que designar, no prazo de cinco dias. Descumprida a ordem, deverá ser expedido mandado de busca e apreensão contra o terceiro, sem prejuízo da sua responsabilidade por crime de desobediência e da adoção de outras sanções cabíveis.

Quando o terceiro for órgão do Poder Público, o procedimento a ser adotado será outro – à semelhança do que ocorre com o incidente de exibição –, bem mais simples, que tomará por paralelo o contido no art. 399 do CPC. Neste caso, a requisição se limitará a exigir do órgão público a informação, que deverá ser prestada no prazo fixado pelo juiz – também não superior a trinta dias –, sendo evidentemente vedada a recusa, pena de cometimento de infração penal e administrativa pelo servidor faltoso. Recebidas as informações, serão encaminhadas ao credor para que realize a conta, restituindo-se, posteriormente, os documentos originais à repartição de origem, se necessário.

É possível indagar se as regras de privilégio, estabelecidas no art. 363 do CPC para a exibição de documento ou coisa, seriam aqui também aplicáveis, e, assim, se o devedor ou o terceiro, apontando em seu favor uma das causas arroladas no art. 363,

poderiam se recusar a apresentar os dados solicitados. Como é óbvio, as situações descritas no art. 363 em regra não serão aplicáveis, haja vista a função da liquidação e a espécie de dados normalmente necessários. Ademais, os dados em questão, também em regra, estarão abrangidos pelos casos mencionados no art. 358 – ao menos porque, em princípio, tais dados serão, por seu conteúdo, comuns às partes, conforme estabelece o inciso III deste artigo. Todavia, poderá haver, muito excepcionalmente, alguma situação que se enquadre no preceito do art. 363, o que – pela própria idéia de sistema que preside o CPC – redundará na exclusão do dever de colaboração pelo devedor ou pelo terceiro.

7.4.2 *Elaboração do cálculo pelo contador judicial*

A outra hipótese, prevista no art. 475-B, § 3.º, é o auxílio do contador do juízo. O magistrado pode valer-se do contador judicial em duas situações: quando conclui, em análise sumária, que a memória de cálculo aparentemente excede aos limites da decisão exeqüenda e nos casos de assistência judiciária.

O juiz deve realizar exame inicial de admissibilidade do pedido de execução, a fim de verificar seus requisitos formais e também para avaliar eventual excesso no pedido formulado. Ao concluir que o valor apresentado pelo credor aparentemente extrapola os limites da decisão exeqüenda, embora *não possa indeferir o pedido de execução*, deve determinar a remessa dos autos ao contador do juízo para a análise da memória de cálculo, a fim de que o credor não realize direito que aparentemente não possui e o devedor não seja prejudicado.

O art. 475-B, § 3.º, também prevê a possibilidade de o juiz valer-se do contador do juízo nos casos de assistência judiciária. A intenção é conferir assistência judiciária à parte que não tem condições de realizar o cálculo. A regra, neste particular, objetiva atender ao art. 5.º, LXXIV, da CF, que determina ao Estado a prestação de assistência jurídica e judiciária integral e gratuita aos delas necessitados.

É comum ver advogados que patrocinam gratuitamente carentes que, apesar da sua boa-vontade, não têm estrutura adequada para proceder a cálculos judiciais, ainda que simples. Para tais casos, poderá o magistrado usar da estrutura das contadorias judiciais como apoio para a assistência judiciária do carente.

Porém, o credor pode ser beneficiário da assistência judiciária e, ainda assim, ter elaborado o cálculo. Neste caso, se o cálculo, em análise sumária, aparentar estar em desacordo com a decisão a ser executada – para mais ou para menos –, o juiz deverá determinar o envio dos autos ao contador para a sua análise.

Ora, se o juiz, no caso de o cálculo aparentemente exceder aos limites da decisão exeqüenda, deve determinar a remessa dos autos ao contador ainda que nenhuma das partes seja beneficiária da assistência judiciária; isto deve ocorrer, por maior razão, quando o credor for beneficiário da assistência judiciária.

Por outro lado, é certo que, dada a circunstancia de o crédito configurar direito disponível, cabe ao credor indicar o valor que deseja ver executado, apenas não podendo exceder aos limites da decisão exeqüenda. Porém, o juiz deve valer-se do contador do juízo também no caso em que a memória de cálculo, *apresentada por credor beneficiário da assistência judiciária*, for *aparentemente inferior* aos limites da decisão exeqüenda. De fato, se a intenção da regra é prestar assistência jurídica ao carente, a remessa dos autos ao contador é oportuna e admissível quando a memória de cálculo for aparentemente inferior aos ditames da decisão a ser executada.

Em qualquer dos casos do § 3.º do art. 475-B, feito o uso do contador judicial para revisar ou para apresentar a memória de cálculo, deverá o credor ser intimado para manifestar-se em cinco dias (art. 185 do CPC). Poderá aceitar o cálculo ou a revisão realizados pelo contador, caso em que assumirá a conta como sua, prosseguindo-se a execução por este valor.

Mas, na hipótese de revisão da conta, também poderá recusar o cálculo do contador, insistindo em que a execução prossiga pelo valor que anteriormente apresentou. Neste último caso, a execução será feita pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora ficará limitada à importância fixada pelo contador (art. 475-B, § 4.º), ficando a discussão sobre o valor correto da execução delegada a eventual impugnação à execução, a ser apresentada pelo devedor.[7]

Oferecida a impugnação, deverá o devedor alegar "excesso de execução" (art. 475-L, V, e § 2.º) para que a questão seja apreciada – agora de forma definitiva – pelo juiz. Acolhida a impugnação, será o valor da execução reduzido, sucumbindo o credor na proporção. Porém, rejeitada ou não apresentada a impugnação, a execução prosseguirá pelo valor originariamente postulado, ampliando-se a penhora para a integral satisfação deste crédito.

Ademais, poderá suceder caso em que a conta apresentada pelo credor aparente exceder ao limite da decisão exeqüenda, mas o cálculo realizado pelo contador judicial encontre *valor ainda superior* ao inicialmente ofertado. Neste caso, poderá o credor revisar seu cálculo inicial e utilizar-se da conta do contador, similarmente ao que ocorreria na hipótese inversa, descrita na norma? Parece que sim. Sempre que o juiz determinar ao contador a revisão do cálculo do credor, esse deverá ser intimado da conta. Se o valor encontrado pelo contador for superior ao inicialmente proposto, o exeqüente poderá escolher entre manter sua conta original ou utilizar-se do cálculo do contador. Feita a escolha, a execução terá por parâmetro o valor eleito pelo credor (que também servirá como limite para a penhora de bens do devedor), restando a questão relativa ao valor do cálculo postergada para eventual impugnação a ser oferecida pelo devedor.

[7] Em conformidade com o art. 475-L do CPC.

7.5 Liquidação por arbitramento

A liquidação por arbitramento se dá mediante a atividade de perito judicial, objetivando fixar o valor de certo bem ou de determinada prestação. Esta forma de liquidação é utilizada, conforme preceitua o art. 475-C, em duas situações: i) quando sentença ou convenção das partes impuser o seu uso; ou ii) quando a natureza do objeto da liquidação assim o exigir. No primeiro caso, tem-se a observância da determinação judicial ou da vontade das partes, não se cogitando de particularidades do caso. No segundo, porém, a liquidação por arbitramento é determinada pelas particularidades da própria obrigação.

Tal forma de liquidação se mostra necessária quando a determinação do valor a ser executado exceder os limites do conhecimento ordinário. O arbitramento é derivação da prova pericial, em que um *expert* é convocado para realizar atividades próprias de sua formação, cujo conhecimento extrapola o limite do exigível para o "homem comum". Por isso, o arbitramento apenas se justifica quando a fixação do valor da execução depender de conhecimentos de um especialista, chamado a arbitrar o valor do bem ou da prestação.[8]

Em qualquer dos casos do art. 475-C, o arbitramento requer o concurso de especialista. A especialidade do perito deve guardar relação direta com o conhecimento necessário à determinação do valor da obrigação,[9] seguindo-se as prescrições contidas nos arts. 145 a 147 do CPC.

[8] Duas decisões bem exemplificam o fato: 1. "Agravo de instrumento. Impugnação à execução rejeitada liminarmente. Inexigibilidade do título. Valor patrimonial. O valor patrimonial é uma questão material de alta complexidade, inviabilizada sua solução por mero cálculo aritmético. Portanto, mostra-se necessária, para sua fixação, a realização de liquidação por arbitramento, com participação de perito especializado em valores mobiliários. Precedentes nesta Corte e no Egrégio STJ. Assim, tem-se que a execução proposta foi precipitada, porquanto ilíquido o título objeto da execução, razão pela qual impõe-se a sua extinção. Decisão monocrática. Agravo de instrumento provido" (TJRS, 18.ª Câm. Cív., AgIn 70017907932, decisão monocrática, rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 04.12.2006); 2. "Processo civil. Danos morais. Arbitramento. Não obstante a petição inicial requeira que a indenização dos danos morais seja arbitrada em liquidação de sentença, o juiz pode fixá-la, desde logo, no processo de conhecimento; o respectivo diferimento para a liquidação de sentença só seria necessário se dependesse da atuação de perito – do que não se trata, porque o arbitramento, nesse caso, é ato do juiz, baseado nas regras da experiência. Embargos de declaração rejeitados" (STJ, 3.ª T., EDcl nos EDcl no AgRg no AgIn 309117/SP, rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* 17.06.2002).

[9] "Processual civil. Liquidação por arbitramento. Valor de aeronave. Perícia feita por engenheiro civil. Nulidade. Infringência aos arts. 8.º e 9.º, da Lei 5.194/66. O engenheiro civil, nomeado pelo magistrado como perito, não é habilitado para realizar avaliação no preço de aeronave. Se o avião que deveria ser indenizado não é mais vendido no mercado, somente um engenheiro que conheça de aviões, seus equipamentos e acessórios está habilitado para proceder a avaliação do valor daquele bem. Recurso especial provido" (STJ, 1.ª T., REsp 253072/SP, rel. Min. Francisco Falcão, *DJU* 11.12.2000).

Requerida a liquidação por arbitramento, cabe ao juiz, antes de qualquer outra providência, intimar o devedor para participar da perícia a ser instalada. Em que pese o contido no art. 475-D parecer desconsiderar a necessidade de intimação do devedor, não há dúvida de que, na liquidação por arbitramento, incide o contraditório, devendo a parte contrária ser comunicada para, querendo, participar (art. 475-A, § 1.º), indicando assistente técnico, apresentando quesitos ou ainda acompanhando o resultado da perícia ou a decisão judicial a seu respeito.[10]

Assim, solicitada a liquidação por arbitramento – requerimento em que, se for o caso, deverá o credor indicar seu assistente técnico e formular quesitos eventualmente cabíveis –, deverá o juiz designar perito para realizar a diligência, intimando o devedor para participar. A intimação do devedor não se dá para que se defenda da liquidação, mas apenas para que, querendo, possa, no prazo de cinco dias (art. 421, § 1.º), impugnar o perito designado (por motivo de suspeição, impedimento ou falta de conhecimento técnico), indicar assistente técnico e formular eventuais quesitos pertinentes. Decididas eventuais questões sobre a nomeação do perito ou o valor de seus honorários, o juiz nomeará definitivamente o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo (art. 475-D).

Para a realização do arbitramento serão observadas, no que cabíveis, as regras contidas na disciplina da prova pericial (arts. 420 e ss.), seja no que diz respeito à participação das partes nas diligências, seja quanto aos poderes concedidos ao perito e assistentes. Apresentado o laudo pericial, as partes terão o prazo de dez dias para falar, aceitando ou impugnando os termos do arbitramento. Havendo impugnação, cumpre ao juiz decidir a questão, se necessário designando audiência de instrução para tanto (art. 475-D, parágrafo único).

A decisão admitirá, pelo prejudicado, recurso de agravo, não impedindo, portanto, o seguimento do feito e o início da execução, salvo se obtido efeito suspensivo no recurso interposto.

7.6 Liquidação por artigos

A liquidação por artigos deve ser feita quando, para a determinação do valor da condenação, houver necessidade de se alegar e provar *fato novo* (art. 475-E). Entende-se por *fato novo* o que ficou de fora da condenação por não ter sido alegado, em virtude de autorização legal, na fase de conhecimento e que tenha influência direta na apuração do *quantum debeatur*.

[10] Neste exato sentido manifestou-se, recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "Liquidação de sentença. Arbitramento. Ausência de regularização do pólo passivo, apesar da incorporação da primitiva ré noticiada pelos exeqüentes. Liquidação que se processou sem ciência do executado. Perícia que não obedeceu ao contraditório, ofendendo as regras do art. 421 do CPC. Nulidade que se declara. Provimento do recurso" (TJRJ, 2.ª Câm. Cív., Ap. Cív. 200600146878, rel. Des. Leila Mariano, j. 20.09.2006).

Normalmente, tal forma de liquidação se relaciona aos casos de "pedido indeterminado" autorizados por lei (art. 286 do CPC). Em tais casos, porque a lei expressamente autoriza o autor a apresentar detalhes de seu pedido futuramente, especificando a exata extensão de seu pedido mediato, poderá ele, após a condenação, valer-se da liquidação por artigos para deduzir esse novo material, integrando a sentença condenatória e especificando o exato montante da condenação.

Portanto, a função da liquidação por artigos é a de permitir o encontro do *quantum debeatur* da execução a partir de fatos que não puderam e não precisavam ser alegados ou provados na fase inicial de conhecimento.[11]

Assim, se o autor da ação ressarcitória, depois que a propõe, ou mesmo após a sentença, continua a sofrer danos decorrentes do ato ilícito – danos esses de impossível pré-determinação no momento da propositura da ação –, obterá sentença ilíquida, dita de condenação genérica, que será liquidada na medida em que os danos ocorrerem e forem sendo especificados.

Esta também é a situação comumente verificada em ações coletivas. Em indenização por danos ambientais, por exemplo, dificilmente se consegue, de pronto, avaliar o exato e completo impacto do dano. Em regra, a sentença é de condenação genérica, determinando-se o *quantum debeatur* na medida em que os danos pontuais forem sendo localizados.

O mesmo se passa em relação à sentença penal condenatória. Não é função do juiz criminal determinar o valor da indenização eventualmente devida à vítima. Embora a sentença condenatória penal seja título executivo (art. 475-N, II), ela não fixa o montante a ser executado. Para tanto, precisará a vítima apresentar os dados exatos que conformam seu prejuízo, alegando e provando fatos novos.

O incidente de liquidação por artigos tem o fim de apurar o *dano* existente e o *nexo de causalidade* entre este e o fato apurado na fase (ou no processo) de conhecimento, onde foi proferida a sentença.

De acordo com o art. 475-F, "na liquidação por artigos observar-se-á, *no que couber*, o procedimento comum (art. 272)", já que sua finalidade é, como visto, a cognição de fatos novos. Porém, a alusão da norma à expressão "no que couber" evidencia que a liquidação por arbitramento adapta-se ao art. 475-A, § 1.º, que fala em "requerimento de liquidação" e em parte ré "intimada".

[11] "Processo civil. Liquidação de sentença. Indenização por perdas e danos. Liquidação por artigos ou por arbitramento. Reexame necessário. Erro material. 1. Prequestionamento apenas em torno dos arts. 610 [revogado pela Lei 11.232/2005], 475, II, 467, 468 e 473 do CPC. Incidência da Súmula 282/STF no que se refere às demais teses. 2. Se a sentença liquidanda não determinou a forma de liquidação, inexistindo fatos novos a serem provados (a parte não comprovou a necessidade de se provar fato novo) e sendo suficiente a prova pericial para quantificar a indenização, correta a liquidação por arbitramento. (...)" (STJ, 2.ª T., REsp 302755/PR, rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* 22.10.2001).

Apresentado o requerimento de liquidação por artigos, será o requerido intimado, quando possível na pessoa de seu advogado (art. 475-A, § 1.º), para impugnar os fatos narrados no requerimento de liquidação (ou na petição inicial) no prazo de quinze dias. Alegando-se, nesta defesa, questão processual ou exceção substancial indireta, deverá o juiz permitir a réplica do autor. Cumpridas as providências preliminares, em regra deverá o juiz designar audiência preliminar e, se for o caso, audiência de instrução e julgamento. Ultimada a instrução do incidente, deverá ser decida a liquidação, fixando-se o valor exato da execução, em ato que desafia recurso de agravo por instrumento (art. 475-H).

Frise-se que, diante da disciplina atualmente em vigor, não se pode mais cogitar de atribuir à liquidação por artigos, diante da sentença civil, natureza de processo autônomo. Ao afirmar que o recurso cabível contra o ato que decide a liquidação – em qualquer de suas modalidades – é o agravo de instrumento, a lei teve o preciso intuito de evidenciar que a liquidação é apenas um incidente de um único processo, que iniciou com a ação que deu origem à sentença ilíquida.

7.7 Princípio da fidelidade ao título

Segundo o art. 475-G, é proibido na liquidação, em qualquer de suas modalidades, rediscutir a causa ou modificar a sentença que a julgou. A regra, na verdade, é expressão da coisa julgada que cobre a sentença condenatória, e, nesse sentido, seria desnecessária. O papel da regra em questão, portanto, é apenas o de sublinhar a inexistência de autonomia na liquidação.

A liquidação se presta apenas a *especificar* o conteúdo da sentença (ou de outro título equivalente) que depende de execução, não servindo para constituir título novo. A liquidação deve se limitar a exprimir com exatidão o contido no título liquidando, de modo que, na liquidação, não é possível corrigir eventuais omissões na causa de pedir ou no pedido da fase de conhecimento, alterando-se o conteúdo da sentença.

Há exceções em relação à impossibilidade de a liquidação abarcar o que não está contido na sentença. O art. 290 do CPC diz que, "quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação". Essa norma quer dizer que a condenação, além de abarcar as prestações que forem vencendo no curso do processo, também inclui as que forem inadimplidas posteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Neste caso, havendo inadimplemento em ato, a condenação abarca as prestações que ainda não foram inadimplidas, mas que provavelmente serão, seja no curso do processo, seja posteriormente ao transito em julgado da sentença, "enquanto durar a obrigação".

Obtida a sentença condenatória, e havendo novos inadimplementos após o trânsito em julgado, não há necessidade da propositura de nova ação para se obter as prestações que forem sendo inadimplidas. Como a condenação, no caso de prestações

periódicas, engloba as prestações vincendas, basta ao credor requerer a execução das prestações que vão se vencendo. Na hipótese, a condenação diz respeito ao vencido e ao vincendo, mas a executabilidade, como advertiu Pontes de Miranda, é que depende de que se vençam as prestações.[12] Se a execução das prestações necessitar de liquidação, é claro que essa, por mera conseqüência lógica, abarcará as prestações vencidas após a prolação da condenação, abrindo oportunidade para uma liquidação que, diante de autorização legal, vai além do que está contido na sentença.

Segundo o art. 293 do CPC, "os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais". Isto quer dizer que a liquidação pode incluir os juros legais ainda que a condenação a eles não tenha feito referência expressa. Na verdade, admite-se que a liquidação faça incidir os juros legais, os juros de mora[13] e a correção monetária, independentemente de a condenação ter feito menção expressa a eles.[14]

Também não cabe, na liquidação, remover condenação antes havida, sob a alegação de ser manifestamente indevida certa verba ou determinado valor. Como é óbvio, a liquidação não constitui sucedâneo da ação rescisória.

Nesse passo, torna-se oportuna a análise da questão da chamada "liquidação de valor zero". Trata-se da situação em que, diante de sentença condenatória ilíquida, apura-se valor igual a zero na liquidação.[15] Põe-se a seguinte indagação: nesse caso,

---

[12] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 62.

[13] Aliás, é neste exato sentido a Súmula 253 do Supremo Tribunal Federal: "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido inicial ou a condenação".

[14] "Processual civil e administrativo. Art. 535, II, do CPC. Omissão. Inexistência. Desapropriação. Expurgos inflacionários. Inclusão sem requerimento expresso da parte interessada. Possibilidade. Matéria constitucional. Discussão. Impropriedade. Súmula 284/STF. 1. Ausência de omissão no acórdão embargado. Violação do art. 535 do CPC afastada. 2. A atualização monetária, incluindo os expurgos inflacionários, é mera recomposição do valor da moeda corroído pela espiral inflacionária, devendo ser garantida de forma plena, independentemente de pedido expresso da parte interessada e a qualquer tempo, mesmo após o processo de conhecimento, já na fase de liquidação de sentença, pois nada acrescenta ao valor do débito, apenas assegura a manutenção do poder aquisitivo original. 3. O fato de ter o acórdão recorrido determinado a inclusão de expurgos, sem requerimento expresso da parte interessada, não o nulifica nem permite a conclusão de que houve julgamento *ultra petita* ou *reformatio in pejus*. O acórdão recorrido, ao fixar os expurgos, apenas explicitou os critérios para o cálculo da correção monetária deferidos, ainda que de forma genérica, pelo juízo singular. Precedentes da Turma. (...)" (STJ, 2.ª T., REsp 782795/RJ, rel. Min. Castro Meira, *DJU* 11.12.2006).

[15] "Agravo de instrumento. Processual civil. Nova perícia. Fase de liquidação. Apuração do *quantum*. Constatação da inexistência do dano. 'Liquidação zero'. A constatação da inexistência de dano a ressarcir, em fase de liquidação de sentença, configura a denominada 'liquidação zero'. Decisão reformada" (TJRS, 9.ª Câm. Cív., AgIn 70003155454, rel. Des. Mara Larsen Chechi, j. 28.11.2001).

realmente houve condenação? A pergunta, que traz interessantes aspectos teóricos, também tem importantes repercussões práticas.

Haverá casos em que esse resultado igual a zero decorrerá da insuficiência de dados capazes de indicar o valor da condenação. Nessas hipóteses, o julgamento não fixa *quantum* igual a zero, mas pronuncia espécie de conclusão de *non liquet*. Na verdade, diante da insuficiência de dados para afirmar um valor exato para a execução, a decisão rejeita a liquidação.

Porém, outros casos poderão ocorrer em que, ao se proceder à liquidação, encontre-se verdadeiramente resultado igual a zero porque nada há a ser pago. Exemplificativamente, tem-se o caso em que se verifica, na liquidação, que não houve qualquer dano, de modo que nada há a ser ressarcido.

Por conta do princípio da fidelidade ao título, alguns autores foram levados a concluir que esta situação estaria proibida pelo direito processual, de modo que sempre a liquidação deveria fixar algum valor diferente de zero. Houve mesmo quem defendesse que, neste caso, a liquidação deveria gerar ao menos a unidade "um" como crédito.

De todo modo, grande parte da doutrina considera que esta situação não importa alteração na sentença condenatória – em razão do princípio da fidelidade ao título –, de forma que a eventual apuração de resultado igual a zero ainda significaria a *existência de condenação*.[16] Segundo pensa a ampla maioria da doutrina, em tal caso o juiz deveria rejeitar a liquidação, sem, todavia, alterar a sentença condenatória. Não haveria violação à coisa julgada, pois apenas se chegaria à conclusão de que o *quantum* devido é igual a zero.

Porém, para outros é contraditório imaginar que o juiz possa condenar alguém a nada. Calamandrei, em clássico estudo sobre o assunto, afirma ser um absurdo lógico – decorrente da cisão entre os juízos sobre o *an debeatur* e sobre o *quantum debeatur* – a conclusão de que alguém tem obrigação de reparar dano de valor igual a zero.[17] Com apoio na lição de Calamandrei, parte da doutrina brasileira conclui

---

[16] Nesse sentido, entre tantos outros, ver Teori Albino Zavascki, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 346-348; Egas Dirceu Moniz de Aragão, Notas sobre liquidação de sentença. *Revista de Processo*, v. 44, p. 20-30; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, t. IV, p. 627; Luiz Rodrigues Wambier, *Liquidação de sentença*, p. 100 e ss.

[17] Segundo Calamandrei, "il problema della *quantità* del danno, posto al giudice della seconda fase, ripresenta così, solo con qualche apparente variazione di parole, lo stesso problema dela *esistenza* del danno, già risolto dal giudice della prima fase. Negando la quantità, non si nega un attributo accidentale di un soggetto che, anche in mancanza di tale attributo, possa continuare ad esistere; ma si nega addiritura il soggetto" (Piero Calamandrei, La condanna "generica" ai danni. *Opere giuridiche*, v. V, p. 512). Conclui Calamandrei dizendo que "in realtà il giudizio sulla esistenza generica del danno e quello sulla sua inesistenza specifica sono tra loro conciliabili nella stessa misura in cui lo sarebbero l'opinione di chi ritenesse che Tizio è genericamente vivo con quella di chi accertasse che Tizio è specificamente morto!" (idem, p. 516).

que, em que pese o princípio da fidelidade ao título, haveria aí quase uma exceção, na medida em que o resultado "zero" da liquidação mostraria que a sentença tinha apenas aparência de condenatória.[18]

Efetivamente, do ponto de vista lógico, não se sustenta a conclusão de que possa haver condenação a valor igual a zero. E, sob o ponto de vista jurídico, o óbice da coisa julgada impediria a rediscussão da condenação havida, o que levaria à prevalência do princípio da fidelidade ao título. Contudo, parece razoável a posição adotada por Calamandrei, no estudo antes mencionado. Segundo ele, a sentença condenatória reconheceria a *responsabilidade* por danos causados diante do ilícito descrito, mas possuiria apenas *cognição sumária* em relação aos danos. Portanto, não haveria declaração (*accertamento*) sobre os danos eventualmente existentes. Assim, a coisa julgada incidiria sobre uma "hipótese" – se houver danos, estes deverão ser indenizados – que, se não confirmada posteriormente, em juízo de cognição exauriente, implicaria o reconhecimento de que nada havia a ser indenizado e, portanto, de que não teria ocorrido condenação alguma. Não haveria ofensa à coisa julgada, pois na sentença "condenatória" nada teria sido declarado (com base em cognição exauriente) a respeito dos danos. A sentença teria conteúdo declaratório, estabelecendo o seu preceito específico apenas que, caso subsistissem danos de certo evento, estes deveriam ser reparados. Haveria falsa condenação.[19]

A sentença, que afirma que o demandado deverá indenizar se o dano mais tarde for declarado, exige, para ser executada, posterior declaração do dano e do seu valor. A sentença que, para ser executada, necessita da declaração do dano, não concede a tutela ressarcitória. Por outro lado, uma vez que a sentença é dependente de ulterior declaração de pressuposto imprescindível para a configuração do direito à tutela ressarcitória, ela é "quase-condenatória". Ou seja, não há tutela ressarcitória, mas sim declaração de um dos seus pressupostos; e também não há condenação, pois essa exige a configuração de todos os requisitos para a execução, exceto a definição do *quantum debeatur*.

Lembre-se que o art. 475-J, *caput*, diz que, "caso o devedor, *condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação*, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação". Como se vê, a sentença condenatória deve conter quantia certa ou apenas depender da liquidação do *valor devido* (art. 475-A). *Porém, depender de liquidação do valor não é o mesmo que depender de verificação e de declaração de dano (além da sua valoração).*

Note-se que, quando a sentença não declara o dano, são necessárias duas atividades de natureza distinta após a sua prolação: uma voltada à definição da existência

[18] Ver Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 2, cit., p. 58-60.

[19] Idem, p. 60.

de dano e outra dirigida a determinar o seu valor. O juízo sobre o dano, para permitir a tutela ressarcitória, é tão importante quanto o juízo sobre o elemento subjetivo (culpa ou dolo). Tais juízos é que abrem oportunidade para a liquidação do valor devido. *De modo que a sentença que não define o dano, e assim permite a posterior declaração de que dano não houve, além de obviamente não prestar a tutela ressarcitória, não representa o mesmo que condenação.*

A condenação constitui técnica processual que presta a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia (entre outras), tornando-a exigível e exeqüível desde logo ou após a sua liquidação. Porém, a sentença que supõe a existência do dano, tratando dele com base em cognição sumária, resta na dependência de juízo de cognição exauriente sobre o dano.

Essa sentença deixa para momento posterior algo (o dano) que diz respeito ao mérito ou ao litígio. Nesse sentido, a sentença trata de parte do mérito, deixando a questão do dano para fase subseqüente, isto é, para a liquidação. Exatamente por isto não presta a tutela ressarcitória, que, como é obvio, depende da configuração do dano. Porém, *se não há dúvida de que a sentença trata de parcela do mérito, não há porque pensar em obrigatoriamente classificar a sentença como condenatória ou declaratória.*

Assim como a sentença deixa de afirmar todos os pressupostos da tutela ressarcitória, ela não se torna imediatamente condenatória, ou seja, hábil para ser imediatamente executada ou para permitir a liquidação *do valor* do dano. A sentença que requer a declaração da existência do dano ainda não contém os requisitos próprios à condenação, conforme está claro no referido art. 475-J. Porém, *se a sentença é vocacionada à tutela ressarcitória, e, assim, à execução, ela é "quase-condenatória", e não declaratória.*

Nem se pense que, pelo fato de a sentença não ser condenatória, deve ela ser classificada como declaratória. Ora, sabe-se que toda sentença contém declaração. Assim, *não é porque uma sentença não contém todos os requisitos da condenação que vai se tornar declaratória*. A *sentença* declaratória, como já dito, presta a *tutela* declaratória, que elimina uma situação de incerteza que paira sobre uma situação jurídica. Porém, a sentença que afirma o dever de indenizar para a eventualidade do reconhecimento do dano não presta *tutela* declaratória, mas sim declara um dos pressupostos da *tutela ressarcitória* almejada pelo autor, que, por isto mesmo, é carecedora da declaração da existência do dano, a ser pronunciada na fase de liquidação.

Como está claro, *sentença de parcela do mérito e sentença quase-condenatória são aspectos de um mesmo problema: a existência de duas decisões, uma tratando da responsabilidade por eventual dano e outra, que lhe é complementar, verificando a existência do dano.*

Portanto, não há como pensar que a declaração de não existência de dano possa ofender a lógica, por admitir uma condenação a nada. Como visto, ao invés de condenação, há uma quase-condenação que depende da definição do dano. Também não há qualquer problema em relação à coisa julgada, pois a primeira sentença não declara a existência do dano, mas apenas a probabilidade deste existir e poder ser

declarado posteriormente. Na primeira sentença, o juízo sobre o dano é de cognição sumária, similarmente ao que ocorre na sentença cautelar ou na tutela antecipatória, de modo que o juízo da liquidação, ao afirmar, com base em cognição exauriente, a inexistência do dano, evidentemente não viola a coisa julgada. Na verdade, a partir do instante em se compreende a questão a partir da ótica da tutela dos direitos e da técnica da cognição, torna-se até mesmo enfadonho discutir sobre eventual violação da coisa julgada material.

7.8 A natureza do ato jurisdicional que julga a liquidação. Decisão ou sentença?

O art. 162, § 1.º, após a Lei 11.232/2005, passou a dizer que "sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei". Considerando-se os arts. 267 e 269, seria possível chegar à conclusão de que se passou a admitir sentenças de mérito no interior do processo ou sentenças interlocutórias de mérito.

Porém, a classificação dos atos jurisdicionais sempre teve e continua a ter mera preocupação pragmática. Objetiva-se, antes de tudo, definir, com a melhor clareza possível, o recurso cabível: contra a decisão interlocutória, agravo; contra a sentença, apelação.

Na Lei 11.232/2005, que tornou a sentença executável no próprio processo instaurado através da ação em que se busca a condenação, foi imprescindível atentar para a circunstância de que o CPC afirmava que a sentença encerrava o processo. Ou seja, foi necessário evidenciar que a sentença condenatória – como, aliás, já acontecia com as sentenças mandamental e executiva – não mais coloca fim ao processo. Foi apenas por esta razão que foram alterados o § 1.º do art. 162 e o *caput* do art. 463. O objetivo foi deixar claro que a sentença, embora julgue procedente o pedido, condenando o réu, não põe termo ao processo (como antes afirmava o art. 162, § 1.º) nem exaure e acaba o ofício jurisdicional (como antes supunha o art. 463).

Porém, não houve intenção de equiparar os atos jurisdicionais que tratam do mérito no interior do processo – à semelhança da decisão que defere ou indefere a tutela antecipatória – às sentenças. Tais atos continuam a ser decisões interlocutórias, sujeitando-se ao recurso de agravo.

Ainda que, do ponto de vista eminentemente teórico, seja possível sustentar a existência de sentenças interlocutórias, qualificando-as a partir do conteúdo da decisão proferida no curso do processo, não há como negar que, na perspectiva do CPC, a preocupação pragmática se sobrepõe, fazendo com que as decisões que tratam do mérito no seio do processo não sejam definidas como sentenças e, assim, não fiquem sujeitas ao recurso de apelação. Ora, não há como submeter ao sistema da apelação uma decisão tomada no curso do processo, uma vez que o recurso, neste caso, necessariamente deve ser apresentado ao tribunal através de instrumento.

Se o ato jurisdicional que julga procedente o pedido, condenando o demandado, constitui sentença que não coloca fim ao processo, a mesma Lei 11.232/2005, ao também transformar a liquidação em incidente do processo, preocupou-se em definir o ato jurisdicional que a julga como decisão, adicionando ser ele impugnável através de agravo de instrumento (art. 475-H).[20]

Vale dizer que a lei salvaguardou a natureza de sentença ao ato jurisdicional que condena o demandado, mas fez questão de atribuir natureza de decisão ao ato que julga a liquidação. Por outro lado, ao tratar da impugnação ao cumprimento da sentença – que deixou de ter natureza de processo incidental (embargos) para assumir a conotação de defesa interna ao processo –, afirmou a mesma lei, ao instituir o art. 475-M, § 3.º, que "a decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação".

Como está claro, a grande preocupação da Lei 11.232/2005 foi a de construir um processo por fases, permitindo i) que o processo prosseguisse após a sentença condenatória, ii) que a liquidação passasse a constituir um incidente e fosse julgada através de decisão que não comportasse apelação – já que esta é incompatível com decisões tomadas no curso do processo –, e iii) que o ato jurisdicional que julga a impugnação apenas fosse apelável quando importasse a extinção da execução.

Nessa dimensão, é preciso compreender a razão pela qual se passou a atribuir ao ato jurisdicional que julga a liquidação a natureza de decisão, recorrível mediante agravo de instrumento. Trata-se de opção do legislador, que nada tem de desconforme aos direitos fundamentais processuais.

Note-se que o fato de o ato jurisdicional constituir decisão, atacável via agravo de instrumento, nada tem a ver com a sua substância, que evidentemente não pode ser ignorada pela lei.

É claro que a decisão que julga a liquidação trata do mérito, seja do *quantum* propriamente dito, seja da existência do dano, visto como pressuposto para a tutela ressarcitória. Nesse último caso, em que a liquidação trata de pressuposto indispensável à configuração da tutela ressarcitória, é indisfarçável a substância da decisão, claramente indispensável para se acolher o pedido de tutela do direito material.

[20] O art. 475-H afirma que "da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento". Veja-se decisão a respeito proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "Liquidação de sentença. Decisão proferida após a entrada em vigor da Lei 11.232/2005. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Tendo em vista que a decisão que julgou a liquidação de sentença foi proferida após a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, que tem aplicação imediata (art. 1.211 do CPC), cabível a interposição de agravo de instrumento, e não apelação, em face do disposto no art. 475-H do CPC. Agravo de instrumento desprovido" (TJRS, 11.ª Câm. Cív., AgIn 70017071028, rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. 29.11.2006). No mesmo sentido: TJMG, 12.ª Câm. Cív., AgIn 1067298.011836-4/001, rel. Des. Saldanha da Fonseca, *DJ* 25.11.2006.

A decisão que julga a liquidação é, claramente, uma decisão sobre o mérito, ou, mais precisamente, uma decisão sobre parcela do mérito posto na ação que deu origem à sentença condenatória.

7.9 Liquidação e coisa julgada

O maior obstáculo em aceitar a idéia de que a liquidação constitui mero incidente processual – e não processo autônomo – relaciona-se à estabilidade da sua decisão. Teme-se que, uma vez fixado o *quantum debeatur*, o tema possa ficar em aberto ou ser rediscutido futuramente, modificando-se o valor fixado, em claro prejuízo à estabilidade das decisões judiciais.

Porque se trata de decisão interlocutória, seria possível rejeitar, de forma peremptória, a existência de coisa julgada sobre o ato do juiz que examina a liquidação. Não obstante, como dito no item anterior, a decisão que julga a liquidação é de mérito. Ora, se a decisão trata do mérito, não sendo considerada sentença apenas para permitir a racionalidade do sistema recursal – a interposição de agravo de instrumento e não de apelação –, não haveria razão para deixar de outorgar-lhe a autoridade da coisa julgada material. Por idêntica razão, a decisão que julga a liquidação poderia ser objeto de ação rescisória, conforme, aliás, vem admitindo o Superior Tribunal de Justiça em determinados casos em que a decisão interlocutória trata do mérito.[21]

[21] "Processo civil. Recurso especial. Execução iniciada em 1987. Posterior edição da Lei 8.009/90. Alegação, no curso da execução e após a penhora, de impenhorabilidade do bem de família. Rejeição. Reiteração do pedido, quatro anos depois, em face da adjudicação do imóvel pelo credor. Propositura de ação rescisória para desconstituir a segunda decisão interlocutória que reiterou a inaplicabilidade da Lei 8.009/90. Procedência. *Possibilidade de rescisão de decisões interlocutórias que possuam carga meritória.* Perda do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória afastada em face da Súmula 106/STJ, mas reconhecida em face da existência de duas decisões sobre o mesmo tema, resumindo-se a irresignação apenas à última delas. Violação ao art. 535 do CPC. Não se reconhece violação ao art. 535 do CPC quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão. *Em face do art. 485 do CPC, que se refere à 'sentença de mérito', doutrina e jurisprudência, no geral, entendem como possível o juízo rescindendo de decisão interlocutória apenas em situações muito específicas.* Os executados, ao atravessarem petição, no curso da execução, pedindo fosse a eles concedido o privilégio previsto na Lei 8.009/90, provocaram uma manifestação jurisdicional sobre questão que poderia, se acolhida, representar óbice à satisfação do crédito do exeqüente. Assim, dentro dos limites e objetivos do processo executivo, a decisão relativa à incidência ou não da Lei 8.009/90 tem o condão de resolver, antecipadamente, a pretensão deduzida pelo autor da ação de execução. Por outro lado, a impenhorabilidade é direito próprio do devedor, pois prevista na Lei 8.009/90; há, portanto, um direito à satisfação do crédito, que se realizará pela expropriação do bem, e um direito à não expropriação do bem, em face de legislação específica. É possível entender, portanto, que houve não só julgamento adiantado do que seria algo assemelhado ao 'mérito' da pretensão regularmente deduzida em juízo pelo exeqüente, em sede de decisão interlocutória, como também do próprio mérito de uma pretensão autônoma do devedor, de modo a ser cabível, excepcionalmente, a ação rescisória de tal provimento jurisdicional.

De qualquer forma, a nova sistemática da execução permite outra construção teórica capaz de outorgar estabilidade à decisão que julga a liquidação. Como a execução é apenas *fase do processo* e não mais processo autônomo, toda e qualquer discussão que envolva o crédito a ser executado deve ser realizado *dentro deste processo* – sob pena de violação da coisa julgada (da sentença condenatória) ou de litispendência – ou, excepcionalmente, por via de ação rescisória. Distinta não é a situação do valor devido: também sua discussão só pode ocorrer dentro do processo, seja na fase da liquidação, seja na fase da execução. Ora, se já houve decisão a respeito do valor devido – ainda que por decisão interlocutória, produzida no final do incidente de liquidação –, qualquer outra decisão que trate do mesmo tema, e que caminhe em sentido distinto, violará a *preclusão havida com a decisão anterior.*

Assim, se eventualmente houver, depois da decisão sobre a liquidação, decisão nova que altere o valor devido, esta será certamente ilegítima, por violação evidente da preclusão incidente sobre a primeira decisão. *Neste sentido, a primeira decisão é estável, mas não por conta da coisa julgada, e sim em razão da preclusão que a reveste.* Esta preclusão é suficiente para dar *indiscutibilidade* à decisão sobre o *quantum debeatur*, na medida em que *eventual discussão somente poderia ocorrer dentro do processo*, em alguma de suas fases. Se a decisão já ocorreu, não há mais espaço para que ocorra novamente.

Desse modo, não é preciso pensar em atribuir autoridade de coisa julgada à decisão da liquidação. No regime atual, porque toda a questão é tratada *em um só processo*, a preclusão dá conta, de maneira absolutamente satisfatória, da necessidade de estabilidade da decisão sobre o *quantum*, não havendo necessidade de cogitar sobre coisa julgada.

Alguém poderá antipatizar com esta solução, porque ela conduz à não admissibilidade de ação rescisória contra o ato que decide a liquidação. Novamente, porém, não se justifica outra solução. Isto porque haverá duas situações aqui possíveis: ou o vício já se encontra na sentença condenatória, ou realmente é novo. No primeiro caso, obviamente, será possível valer-se da ação rescisória, já que ela se dirige contra a sentença condenatória. Na segunda situação, não haverá necessidade de socorrer-se da ação rescisória, podendo a discussão fazer-se por qualquer ação autônoma. É que, porque o tema foge da causa de pedir e do pedido apresentados na ação que deu

Conforme a Súmula 106 do STJ, proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência. Na presente hipótese, contudo, o juízo da execução foi provocado por duas vezes a respeito da impenhorabilidade do bem de família, tendo indeferido ambos os pedidos. A ação rescisória é dirigida à segunda decisão, desprezando totalmente os efeitos da preclusão decorrentes da falta de impugnação quanto à primeira decisão. Não tem aplicação, assim, a jurisprudência que permite a argüição, a qualquer tempo, da impenhorabilidade do bem de família, pois tal possibilidade não pode dar margem a eventual tentativa de perpetuar a discussão, em face do oferecimento de sucessivos pedidos com o mesmo teor. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 628464, *DJ* 27.11.2006).

origem à condenação, não estará ele obstado pela litispendência ou pela coisa julgada, autorizando então nova ação a respeito do assunto, que poderá mesmo incluir a repetição do indébito, caso já tenha ocorrido pagamento na fase de cumprimento da sentença.

Parte II

A SENTENÇA QUE RECONHECE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER

1

Imposição de Fazer e de Não Fazer, Prestação da Tutela do Direito e Meios de Execução Adequados

Frise-se que o fazer e o não fazer – atividades esperadas do demandado – são apenas formas para que a tutela do direito seja prestada. Assim, por exemplo: i) a imposição de um fazer permite a tutela ressarcitória na forma específica, isto é, o reparo de um dano mediante um fazer; ii) a imposição de um não fazer viabiliza a tutela inibitória, ou seja, a não violação de um direito em razão da abstenção de um fazer ou de um não fazer.

Note-se que o fazer e o não fazer constituem atividades ou ações devidas pelo réu – e, portanto, dele esperadas – para que a tutela do direito seja prestada. A satisfação do direito do autor não se expressa no fazer ou no não fazer, mas sim na tutela do direito alcançada mediante o fazer ou o não fazer.

A tutela do direito, nestes casos, não depende do adimplemento do demandado, isto é, do cumprimento do fazer ou do não fazer. Isto porque o fazer e o não fazer podem ser obtidos mediante o uso de meios de execução que os realizem independentemente da vontade do réu. Assim, por exemplo, ao invés de ordenar o fazer ou o não fazer sob pena de multa, a sentença pode determinar: i) um meio de execução que obstaculize forçadamente o que poderia ser feito; ou ii) que o oficial de justiça faça aquilo que deveria ser feito pelo demandado.

Portanto, quando se pensa no fazer ou no não fazer devidos pelo réu, tem-se em consideração a *atividade que falta* para que a tutela do direito seja prestada. Tal atividade deve ser objeto de execução, seja mediante o constrangimento da vontade do réu, seja mediante o uso de meios de execução que alcancem o fazer ou o não fazer através de outra modalidade executiva.

Acontece que, para que o fazer ou o não fazer realmente sejam concretizados e, assim, a tutela do direito seja prestada, é imprescindível que se dê ao autor o poder de utilizar o meio de execução idôneo ao caso concreto. Não há como se realizar o fazer ou o não fazer, e assim se prestar a tutela prometida pelo direito material e devida pela jurisdição, na ausência de meios de execução adequados. Não é por outra razão, aliás, que discorremos longamente, no volume 1 deste *Curso de Processo Civil*,

sobre o direito ao uso dos meios de execução adequados como corolário do direito fundamental de ação.[1]

Ora, se os meios de execução devem ser adequados ao caso concreto e capazes de viabilizar a tutela do direito, não há como se pretender estudar execução de sentença sem analisar as tutelas dos direitos que dependem do fazer ou do não fazer, pois são estas, e não as atividades de fazer ou de não fazer, que exigem modalidades executivas diferenciadas e idôneas.

[1] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo* (*Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 227-303, esp. p. 261-283.

2

As Tutelas dos Direitos Prestadas Mediante Não Fazer ou Fazer e os Meios de Execução a Elas Pertinentes

2.1 Introdução

Adentrando o estudo das tutelas que podem ser prestadas mediante o não fazer ou o fazer, é importante destacar a diferença entre *tutela específica* e *tutela pelo equivalente*.

Tutela específica é o contrário de *tutela pelo equivalente* ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida. A tutela específica preocupa-se com a integridade do direito, impedindo a sua degradação em pecúnia. A tutela pelo equivalente implica na "monetização" dos direitos ou na aceitação de que os direitos são iguais e podem ser convertidos em pecúnia. Assim, era ideal a um Estado que não podia tratar os bens e as posições sociais de forma diferenciada. Acontece que o Estado contemporâneo não só tem o dever de permitir a justa inserção do homem na comunidade em que vive, mas também, e para tanto, o dever de tutelar os direitos na forma específica, impedindo a sua violação e permitindo a sua recomposição ou a sua reparação na forma mais perto possível da anterior à violação ou à prática do dano.

A tutela específica varia conforme as necessidades de tutela do direito material. A tutela específica, que pode ser prestada mediante a imposição de não fazer ou de fazer, pode ser *inibitória*, de *remoção do ilícito*, *ressarcitória na forma específica*, do *adimplemento na forma específica* e do *cumprimento do dever legal*.

A não percepção de que existem *várias tutelas* impede a visualização crítica da idoneidade do processo e, inclusive, dos meios executivos para prestá-las. A compreensão das diferentes características das tutelas específicas é fundamental para a utilização da modalidade executiva adequada ao caso concreto. Ou melhor,

tal compreensão é necessária (i) para a escolha do meio de execução (ou admissão do escolhido pelo autor) com base em regra geral que confere este poder ao juiz (art. 461 do CPC) e (ii) para a constatação da ausência de meio de execução idôneo diante daqueles expressamente previstos na lei.

2.2 Tutela inibitória

Os direitos não existem para serem desrespeitados e violados. Por esta razão – que deveria ser óbvia –, a mais importante tutela jurisdicional do direito é a tutela inibitória, isto é, a tutela destinada a impedir a prática de ato contrário ao direito.[1]

Note-se que esta tutela não tem o objetivo de simplesmente impedir a prática de dano, mas sim o escopo de evitar a prática de ato contrário ao direito. É que o fato danoso é conseqüência eventual, e não necessária, do ato contrário ao direito. O direito de ação engloba o direito de pedir a tutela capaz de impedir a violação do direito, sem que seja necessária qualquer alusão a uma ameaça de dano.[2]

Assim, por exemplo, o titular de uma marca comercial devidamente registrada tem o direito de impedir outrem de utilizar a sua marca, pouco importando se desse uso ilícito vai ou não decorrer dano. Se dano houver, e o titular da marca interessar-se na sua reparação, deverá pedir tutela ressarcitória pelo equivalente, espécie de tutela que, como é evidente, nada tem a ver com a tutela inibitória e com os seus pressupostos. A mesma situação ocorre quando alguém ameaça violar norma que

---

[1] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit.; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*; Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*. Ver, ainda, Aldo Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*; Idem. Inibitoria (azione), *Enciclopedia del diritto*, v. 21, p. 559 e ss.; Idem. Azione in cessazione, *Novissimo Digesto Italiano* (appendice I), p. 639 e ss., 1980; Idem, Inibitoria (azione), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1 e ss.; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*; Idem, Inibitoria, *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 475 e ss.; Cristina Rapisarda e Michele Taruffo, Inibitoria, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1 e ss.; Ugo Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*; Mario Libertini, La tutela civile inibitoria, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. p. 315 e ss.; Luigi Montesano, Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 775 e ss., 1995; Maria Rosaria Maugeri, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*; Jorge Walter Peyrano, La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual, *Revista de Direito Processual Civil*, Genesis, v. 29; Ricardo Luiz Lorenzetti, La tutela civil inhibitoria, *La Ley*, p. 1.217 e ss., 1995-C; Noemi Lidia Nicolau, La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, *La Ley*, p. 1.246 e ss., 1996-A; Matilde Zavala de González, La tutela inhibitoria contra daños, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, p. 2.

[2] Ver Luiz Guilherme Marinoni, La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. 6, p. 263 e ss; Idem, La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil, *Libro de ponencias del II Congreso Internacional*, p. 93 e ss.

proíbe a venda de produto com determinada composição (reputada nociva à saúde do consumidor) ou norma que proíbe o despejo de lixo em determinada localidade. Nestas duas situações, em nada importa saber se há eventual dano que pode ser provocado em virtude da ação transgressora da norma. Só importa cogitar a respeito da probabilidade da violação da norma.

Nesta dimensão, o ilícito é dissociado do dano, podendo-se falar, no máximo, em duas espécies de ilícito, configurando-se um como ato contrário ao direito e outro como ilícito danoso. Na realidade, o dano não é elemento constitutivo do ilícito, representando, em uma forma mais apurada de se ver o fenômeno jurídico, apenas um sintoma perceptível do ilícito. A confusão entre ilícito e dano deriva da circunstância de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste freqüentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a sua distinção, ainda que no plano lógico.[3]

É por isto mesmo que o dano ou a sua probabilidade não constituem pressupostos da tutela inibitória. O único pressuposto da tutela inibitória é a ameaça da prática de ato contrário ao direito. E neste caso não é preciso indagar sobre culpa. Não há qualquer racionalidade em se pensar que alguém somente pode ser impedido de violar um direito quando estiver agindo com culpa. Há direito de impedir a violação do direito material, pouco importando se aquele que o ameaça está agindo sem culpa. A culpa é critério para a imputação da sanção ressarcitória ou para a constatação do dever de indenizar – e isto obviamente quando não for dispensada, o que acontece em casos excepcionais.

Abra-se um parêntese para elucidar que a tutela inibitória também pode ser utilizada para impedir o *inadimplemento de uma obrigação contratual*. Neste caso, o seu pressuposto é apenas a ameaça do inadimplemento, situação objetiva que nada tem a ver com o dano e com a culpa. A lógica é a mesma da tutela inibitória voltada contra a ameaça de ato contrário ao direito, pois não há qualquer racionalidade em supor que alguém somente tem direito de impedir o inadimplemento quando este puder lhe causar dano ou quando o devedor atuar com culpa. Existindo direito à prestação e ameaça do seu não-cumprimento, presentes estão os pressupostos desta modalidade de inibitória.

A tutela inibitória é sempre voltada a impedir o ato contrário ao direito e, neste sentido, dirigida *para o futuro*. Isto quer dizer que a ação inibitória, além de poder ser utilizada para impedir a prática de um único ato, pode ser proposta para evitar a *repetição* de ato contrário ao direito ou a *continuação* da atividade ilícita. Ou seja, o fato de já ter sido praticado um ou dois atos ilícitos ou de a atividade ilícita já ter sido iniciada, não descaracteriza a necessidade da tutela inibitória, pois essa não se importa com o que passou (o ilícito ou o dano), mas apenas com o que está por acontecer, isto

---

[3] Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 44. Ver Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 569.

é, com a ameaça de repetição do ilícito ou de continuação da atividade ilícita. De modo que importa, para a ação inibitória, não apenas um único ilícito que pode ser praticado, mas também aquele que pode se repetir ou continuar.

É preciso esclarecer que a tutela inibitória somente tem razão de ser diante da atividade ou da ação ilícita continuada e não da atividade ou da *ação que se exauriu* e cujos *efeitos ilícitos* são mantidos vivos no tempo. No caso em que apenas os efeitos do agir ilícito perduram no tempo, não há como pensar em tutela inibitória, pois nada mais há a inibir, vez que a ação ilícita já foi praticada. Nesta situação, será necessária uma tutela que remova os efeitos concretos da ação ilícita. A tutela inibitória, como é lógico, apenas é viável quando o agir ilícito ainda está para acontecer ou está ocorrendo. Que fique claro, portanto, que a tutela inibitória somente tem sentido diante de ação ou atividade ilícita continuada e não de ação com *efeitos* ilícitos continuados.[4]

A tutela inibitória pode atuar para evitar um ilícito comissivo ou um ilícito omissivo. No primeiro caso, será necessário impor um não fazer; ao passo que no segundo será preciso impor um fazer. Perceba-se que a tutela inibitória não se destina a impedir um fazer, mas sim a impedir um ilícito, não importando se a sua natureza é comissiva ou omissiva.

No Estado constitucional, marcado pelo dever de proteção, avultam as normas que impõem condutas negativas ou positivas para dar proteção aos direitos. Tais normas têm função preventiva, pois partem da premissa de que determinadas condutas são imprescindíveis para evitar o dano. Estas normas freqüentemente respondem ao dever de tutela preventiva outorgado ao legislativo. Ou melhor, tais normas prestam tutela preventiva ou inibitória aos direitos. Trata-se de uma tutela inibitória normativa.

Quando uma norma de proteção é ameaçada de violação, resta apenas pedir à jurisdição que a conduta imposta pela norma não deixe de ser observada. Assim, quando se teme a prática de uma conduta de eficácia instantânea (que irá se exaurir em um único instante – prática ou repetição do ilícito), é possível pedir tutela jurisdicional inibitória que imponha uma conduta negativa ou uma conduta positiva, ordenando um não fazer ou um fazer, conforme o ilícito temido seja comissivo ou omissivo.

[4] "Isso por uma razão lógica: *o autor somente tem interesse em inibir algo que pode ser feito e não o que já foi realizado.* No caso em que o ilícito já foi cometido, não há temor a respeito do que pode ocorrer, uma vez que o ato já foi praticado. Como esse ato tem eficácia continuada, sabe-se de antemão que os seus efeitos prosseguirão no tempo. Portanto, no caso de ato com eficácia ilícita continuada, *o autor deve apontar para o que já aconteceu, pedindo a remoção do ato que ainda produz efeitos.* Exemplificando: a produção de fumaça poluente constitui agir ilícito continuado. Isto é, a ilicitude pode ser medida pelo tempo em que a ação se desenvolve. Nessa hipótese, há como usar a ação inibitória, pois o juiz pode impedir a continuação do *agir.* Contudo, no caso de despejo de lixo tóxico em local proibido, *há ato ilícito – que depende apenas de uma ação – de eficácia continuada.* Nesse caso, basta a remoção do ilícito, ou melhor, que a tutela jurisdicional *remova o ato já praticado* para que, por conseqüência, cessem os seus efeitos ilícitos" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 260).

Na hipótese em que a norma é violada, mas a conduta negativa continua a ser praticada ou a conduta positiva prossegue sem ser praticada, há ilícito continuado. Se o desejo da norma não é atuado, diante da prática da conduta vedada ou da inobservância da conduta imposta, torna-se necessária a tutela jurisdicional, ou seja, a tutela que faz valer o desejo da norma não cumprida, lembrando-se que esta norma tem natureza inibitória, constituindo tutela inibitória *normativa*. Neste caso, a tutela inibitória imposta pelo legislador é reafirmada pela jurisdição.[5] De modo que a tutela jurisdicional será inibitória, não importando a feição da conduta descumprida, se negativa ou positiva.[6]

Para que a tutela inibitória possa ser efetivamente prestada, é preciso que o direito de ação seja exercido a partir de técnicas processuais adequadas. O direito de ação tem como corolário o direito às técnicas processuais idôneas à tutela do direito material. A ação, nesta perspectiva, engloba o procedimento e todas as técnicas processuais necessárias à efetiva tutela jurisdicional do direito. Portanto, é imprescindível que exista uma ação adequada à tutela inibitória.[7]

A ação inibitória é estruturada com base nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC. Tratando-se de direitos individuais, aplica-se o art. 461 do CPC; no caso de direitos

[5] Quando o Estado assume novas preocupações sociais, e assim passam a importar a proteção do meio ambiente, da saúde, da educação e da posição do consumidor no mercado, além de um enfoque dos direitos da personalidade à luz da evolução das técnicas de comunicação, surgem normas que, objetivando realmente tutelar estas situações de direito substancial, passam a impor deveres, cientes de que a sua observância é fundamental para a consagração destes "novos direitos". Isto é obtido não só através de normas que consagram um não fazer, mas também por meio de normas que determinam uma ação positiva. Tais normas partem da premissa de que determinados atos devem ser vedados ou necessariamente praticados, pouco importando os efeitos concretos da sua violação, se danosos ou não. Estas normas objetivam conferir prevenção aos direitos, abrindo ensejo, quando inobservadas, a sanções. Estas, entretanto, também funcionam como estímulo para a não agressão dos direitos. Portanto, essas regras têm por fim tutelar os direitos, *demonstrando que pode existir tutela inibitória fora do processo jurisdicional.* Acontece que essa tutela pode exigir, para ser efetivamente prestada, a participação da jurisdição. Nesses casos, em que a função preventiva da norma é alcançada apenas na jurisdição, ou em que a tutela inibitória desejada pelo direito material somente pode ser obtida através da propositura da ação processual, há tutela jurisdicional inibitória. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 62-63.

[6] Quando é o próprio direito material que exige um dever positivo para proteger um direito, a violação da regra deixa ver que um ilícito omissivo foi produzido, e, assim, que um fazer, *necessário para a prevenção*, deixou de ser praticado. Nesse caso, quando se requer, com base na legislação processual, a observância do fazer, exige-se o cumprimento do dever, imposto pela norma, *para a prevenção do direito*. Melhor explicando: nessa última hipótese, como a função preventiva da norma depende do fazer, a sua imposição (do fazer) pelo juiz nada mais é do que a realização do desejo preventivo do direito material, e assim significa tutela jurisdicional preventiva, e, portanto, tutela jurisdicional inibitória (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 263).

[7] Sobre o direito à construção da ação adequada, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo* (*Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 261-292.

do consumidor e de direitos transindividuais, adota-se o art. 84 do CDC. Tais normas são praticamente iguais. Ambas viabilizam, por exemplo, a concessão de tutela antecipatória (arts. 461, § 3.º, do CPC e 84, § 3.º, do CDC). Mas o que realmente importa, tratando-se de execução, é o fato de que ambas dão ao autor e ao juiz o poder de construir a ação e prestar a tutela jurisdicional utilizando a multa ou qualquer outra medida de execução que for necessária ao caso concreto (arts. 461, §§ 4.º e 5.º, do CPC e 84, §§ 4.º e 5.º, do CDC).

Quando se teme um ilícito comissivo, é preciso impedir a prática do ilícito e, assim, ordenar um não fazer sob pena de multa ou determinar uma medida executiva que seja capaz de obstaculizar a sua prática. Neste último caso, por exemplo: nomear um administrador judicial para a pessoa jurídica, impedindo a sua atuação; determinar que oficiais de justiça impeçam a entrada de câmeras de determinada emissora em certo local.[8]

Temendo-se ilícito omissivo, é possível ordenar o fazer sob pena de multa, seja infungível ou fungível o fazer devido. O fato de o fazer poder ser prestado por terceiro (fungível) não elimina a possibilidade de o autor pedir e o juiz ordenar o fazer sob pena de multa. É irracional dar a quem tem um dever reconhecido por decisão ou sentença o direito de não ser constrangido a fazer, ainda que este fazer tenha que ser prestado por terceiro.

Quando não se pensa em utilizar a multa para a execução do fazer fungível, visualiza-se a técnica executiva da prestação do fazer por terceiro, prevista no Código de Processo Civil, a partir do seu art. 634, desde 1973. Diz a recente redação do art. 634: "Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exeqüente, decidir que aquele o realize à custa do executado. Parágrafo único: O exeqüente *adiantará* as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado" (grifo nosso).[9]

---

[8] Embora tratando da tutela inibitória do inadimplemento da obrigação contratual, assim já escrevemos: "Se é possível impedir o inadimplemento por meio de ordem de fazer ou de não-fazer sob pena de multa, também é viável, em tese, conferir tutela contra o provável inadimplemento mediante meio executivo que não atue sobre a vontade do devedor, mas que, ao contrário, prescinda da sua vontade. Sendo a obrigação de fazer fungível, o inadimplemento pode ser evitado mediante a determinação de que um auxiliar do juiz, ou terceiro, interfira na obrigação, assegurando o adimplemento. Na hipótese de obrigação de não-fazer, será possível, embora em casos raros, o uso da coerção direta. Assim, por exemplo, no caso em que alguém se obrigou a não televisionar os jogos de um campeonato de futebol, pode-se determinar que um oficial de justiça proíba a entrada dos funcionários e dos equipamentos da rede de televisão que pretende infringir a sua obrigação. Frise-se que também será viável, nesses casos, a nomeação de um administrador provisório para atuar no seio da pessoa jurídica, o qual deverá interceder para que a obrigação de fazer ou de não-fazer seja efetivamente adimplida" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 398-399).

[9] Cf. Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Isto deve ocorrer, em regra, quando a multa não for efetiva para convencer o demandado a fazer. Mas, se – por hipótese – o autor desejar que a atividade do terceiro e a qualidade do fazer sejam controladas pelo juiz, a multa poderá ser utilizada para constranger o executado a arcar com as quantias necessárias ao fazer.

Ora, se a execução realizada por terceiro – nos termos do art. 634, *caput* – pode ser mais benéfica ao autor e o sistema processual permite a utilização da multa em relação às obrigações fungíveis (art. 461), não há racionalidade em entender que o exeqüente deve necessariamente adiantar as quantias necessárias ao fazer, sem poder constranger o devedor da prestação a arcar com os seus custos.

Destaque-se que a multa, no caso, não é utilizada para obrigar o réu a pagar, mas sim a cumprir dever acessório ao seu dever de fazer, reconhecido pela sentença como necessário para evitar a continuação do ilícito.

De modo que o exeqüente deve adiantar as quantias previstas na proposta – nos termos do parágrafo único do art. 634 – *apenas quando não optar pela multa*, e não sempre e necessariamente, como poderia resultar de uma interpretação literal e apressada da norma. Esta interpretação está de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Ademais, há ainda a possibilidade de pensar na prisão como modalidade executiva. Ela apenas é possível quando não se almeja uma prestação que implique em disposição de dinheiro. De modo que é inaplicável na quase totalidade das sentenças que impõem um fazer. Além disto, a prisão somente pode ser adotada quando a multa e as outras modalidades executivas não se mostrarem adequadas.

Quando a multa não for capaz de intimidar alguém a não violar um direito e outro meio executivo também não puder obstaculizar a prática do ilícito, a prisão poderá ser utilizada como meio de execução. A prisão também poderá ser usada – quando a multa não for idônea e o fazer não puder ser prestado por terceiro – para constranger o demando a fazer algo que não dependa do desembolso de dinheiro.

Resumindo: diante da tutela inibitória, quando nenhuma modalidade de execução for eficaz, a prisão poderá ser utilizada para constranger o demandado a não fazer ou a prestar um fazer infungível, que não dependa da disposição de dinheiro.

2.3 Tutela de remoção do ilícito

É preciso lembrar o que foi dito no item antecedente, no sentido de que nem todo ato ilícito produz dano. Apesar desta constatação, seria possível dizer que a prática de ato contrário ao direito que não gera dano elimina qualquer interesse na propositura de ação, argumentando-se que, se não é mais possível a tutela inibitória – porque o ilícito já foi praticado –, também não há interesse de agir na ação ressarcitória, diante da inexistência de dano a ressarcir.

De modo que, para se admitir uma tutela jurisdicional que não almeje evitar o ilícito ou ressarcir o dano, é preciso identificar o interesse em uma tutela contra *um ilícito que não ocasionou dano.*

As normas que objetivam proteger os direitos fundamentais, como as que proíbem condutas para proteger o meio ambiente, o direito à saúde ou o direito do consumidor, abrem oportunidade, após a sua violação, a uma espécie de tutela voltada a eliminar os efeitos ilícitos derivados da prática da ação contrária ao direito. Nesta situação, a ação ou o agir que violou a norma gera efeitos ilícitos que se propagam no tempo. O interesse de agir na obtenção da tutela jurisdicional surge exatamente em razão da existência de efeitos ilícitos que estão sendo produzidos.

Pense-se nas hipóteses de exposição à venda de produto com composição proibida e de despejo de lixo em local vedado pela legislação ambiental. Em tais exemplos, apesar de já cometido o ilícito, estão em ato efeitos ilícitos não desejados pela norma de proteção, e que assim devem ser eliminados ou removidos.

Nestes casos, não há como inibir a prática do ato ilícito ou mesmo a continuação da atividade ilícita, já que agora, ao contrário do que ocorre quando se pensa em tutela inibitória voltada contra o ilícito continuado, não há ação ou atividade continuada ilícita, mas sim ação contrária ao direito que *já se exauriu* e efeitos ilícitos que, *derivando da ação ilícita cometida*, propagam-se no tempo.

Mas não é porque o dano não foi ocasionado ou ainda produzido que se eliminará a necessidade de se dar tutela ao direito. O Estado tem o dever de dar tutela ou proteção aos direitos fundamentais. Assim, pode atuar editando normas de proteção que partam da premissa de que determinadas condutas devem ser vedadas por colocarem em risco os direitos ou porque muito provavelmente vão produzir danos. Note-se que a exposição à venda de produto com composição reputada nociva ou o despejo de lixo em local proibido não geram necessariamente danos ao consumidor e ao meio ambiente. Porém, quando persistem no tempo efeitos ilícitos é preciso removê-los para se restaurar o desejo de proteção da norma violada, evitando a exposição dos direitos a danos.

A tutela de remoção do ilícito, da mesma forma que a tutela inibitória, não se preocupa com o dano e com a culpa.[10] Para a concessão da tutela de remoção do ilícito são necessários dois requisitos: i) ação contrária ao direito; e ii) efeitos ilícitos, derivados da ação praticada, que estejam em ato no momento da propositura da ação judicial.

[10] "Como já foi visto, as ações inibitória e de remoção do ilícito se dirigem contra o ato contrário ao direito, e assim não têm entre seus pressupostos o dano e o elemento subjetivo (culpa ou dolo), relacionados à imputação ressarcitória. De modo que, *a não ser nos casos em que se teme um ilícito que se identifica cronologicamente com o dano*, o autor não deve e não precisa invocar dano para obter a *tutela inibitória*. No caso de *ação de remoção, existindo regra estabelecendo um ilícito*, a invocação da violação da norma é suficiente para permitir a remoção do ilícito de eficácia continuada" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 274).

A ação voltada à obtenção da tutela de remoção do ilícito é estruturada a partir das regras dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, conforme o direito a ser tutelado seja, respectivamente, individual ou transindividual ou do consumidor.

A tutela de remoção do ilícito é geneticamente dependente da técnica antecipatória, na medida em que o perigo de dano se relaciona com a idéia embutida na necessidade de se remover os efeitos da ação ilícita. Ora, o objetivo da remoção dos efeitos do ilícito é o de exatamente extirpar a situação que, segundo a norma de proteção, tem grande probabilidade de produzir danos. Sendo assim, uma vez praticada a conduta ilícita da qual decorre efeitos que se prolongam no tempo, torna-se urgente removê-los, sendo quase que natural a necessidade de se antecipar a tutela de remoção. A antecipação da tutela de remoção encontra base nos §§ 3.º dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC.

No que tange aos meios de execução, adota-se os mesmos artigos em seus §§ 5.º, que, como já dito, dão ao autor e ao juiz a possibilidade de requerer e de adotar a modalidade executiva adequada ao caso concreto.

Enquanto a tutela inibitória, em regra, é prestada mediante a utilização da ordem sob pena de multa, a tutela de remoção, também em princípio, é prestada mediante o emprego de modalidades de execução que, não se importando com a vontade do demandado, viabilizam a remoção dos efeitos do ilícito. Assim, por exemplo, a busca e apreensão dos produtos nocivos ao consumidor, a remoção do lixo tóxico e mesmo a demolição da obra construída em local proibido pela legislação ambiental.

Entretanto, assim como a tutela inibitória, em alguns casos, pode ser prestada mediante meios executivos que não atuam sobre a vontade do demandado, a tutela de remoção, também em poucas situações, pode ser prestada exatamente pela ordem sob pena de multa. Ou seja, *há contrariedade* entre as formas de execução que *em regra* viabilizam a prestação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito, pois enquanto a multa *geralmente* é adequada à tutela inibitória, ela *excepcionalmente* serve à prestação da tutela de remoção.

É o caso concreto que demonstrará quando a multa será adequada à tutela de remoção, sendo que em alguns casos será possível até mesmo o uso da prisão. A prisão, como forma de execução, será cabível quando nenhum meio de execução, inclusive a multa, for capaz de permitir a remoção do ilícito.

Além disto, é certo que a prisão não poderá ser utilizada quando, para a remoção do ilícito, for necessária a disposição de patrimônio.

2.4 Tutela ressarcitória na forma específica

Por muito tempo, especialmente quando se concebia o direito como coisa dotada de valor de troca, entendeu-se que o ressarcimento seria apenas o pagamento do equivalente ao valor do dano.

Isto era natural no Estado liberal clássico, que não tinha qualquer preocupação em tratar as diferentes classes sociais e situações de direito substancial de forma diversificada.

Quando todas as pessoas e direitos, apesar das suas visíveis distinções concretas, são vistos como iguais – obviamente que a partir de uma perspectiva formal e não condizente com a realidade –, não há razão para a jurisdição tratá-los de forma diferenciada e prestar tutela específica aos direitos.

Perceba-se que, se todos os direitos são supostos iguais, o dever de tutela jurisdicional, em caso de dano, pode se restringir à tutela pelo equivalente em pecúnia. Nesta dimensão, a tutela pelo equivalente assume visível papel de reafirmação do desejo estatal de tratar todos e tudo da mesma forma.

Desejo este que, deixe-se claro, acabou sendo novamente reafirmado pela técnica processual desenhada para viabilizar tal espécie de tutela. Com efeito, a sentença condenatória e a sua correlação com os meios de execução por expropriação traduz a necessidade de o processo se voltar apenas para a prestação da tutela pelo equivalente.

Lembre-se, aliás, que na época do Estado liberal o juiz estava proibido de atuar sobre a vontade do demandado para convencê-lo a fazer ou a não fazer. Portanto, não se dava ao juiz meio de execução capaz de garantir o ressarcimento na forma específica, seja porque os valores do Estado liberal não o desejavam ou exigiam, seja porque o uso da multa era inconcebível em um Estado marcado pelos princípios da liberdade e da autonomia da vontade.

Porém, cabe verificar o que significa ressarcir para constatar a confusão expressa na identificação do ressarcimento com a indenização em pecúnia. É inegável que ressarcir é eliminar o estrago provocado pelo fato danoso, o que pode ocorrer mediante um fazer. A obrigação de reparar não é – nem pode ser – uma mera obrigação de pagar soma em dinheiro. Na realidade, quem transformou o dever de reparar em dever de pagar foram os valores que implicaram na "monetização" dos direitos, fazendo pensar que estes poderiam ser medidos através do metro da pecúnia.

Ressarcir é, antes de tudo, *fazer* algo para reparar o dano ou mesmo *entregar coisa* equivalente àquela que foi destruída. Tal forma de ressarcimento é considerada *específica* porque contrária à forma ressarcitória que se expressa no *valor equivalente* ao do dano.

Na verdade, o ressarcimento, embora sempre tenha por objeto reparar um dano, pode se expressar de duas diferentes maneiras, na medida que pode permitir o ressarcimento na forma específica ou o ressarcimento pelo equivalente.[11]

[11] Se o lesado tem direito ao ressarcimento, cabe a ele escolher a forma de reparação, ou o ressarcimento na forma específica ou o ressarcimento pelo equivalente. Mas, quando o ressarcimento na forma específica for impossível diante da situação concreta ou configurar uma forma excessivamente onerosa, o ressarcimento deverá ser pelo equivalente monetário. Ou seja, nos casos em que a tutela ressarcitória na forma específica for faticamente possível, ela somente será excluída por opção do próprio lesado ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional, em vista da sua excessiva onerosidade.

O Estado constitucional tem a incumbência de editar políticas públicas especialmente voltadas a proteger as classes sociais menos favorecidas e o dever de proteger os direitos básicos para inserir o cidadão em uma sociedade justa e harmônica. O Estado constitucional, em outras palavras, tem o dever de proteger os direitos na forma específica, evitando a sua degradação em pecúnia.

Assim, no que diz respeito à reparação do dano, o Estado tem o dever de proporcionar a tutela ressarcitória na forma específica.[12] É claro que este dever pressupõe a circunstância de o dano ser faticamente ressarcível na forma específica, isto é, de a situação anterior a do fato danoso poder ser estabelecida mediante um fazer ou através da entrega de coisa equivalente à destruída, uma vez que, em não raras situações, o dano somente pode ser ressarcido mediante o pagamento do seu equivalente em pecúnia.

Frise-se, aliás, que há uma diferença sensível entre ressarcir e remover o ilícito. Enquanto a remoção deve restabelecer a situação anterior à do ato contrário ao direito, o ressarcimento deve estabelecer a situação que existiria caso o fato danoso não houvesse sido praticado.

Isto porque a remoção se preocupa apenas em extirpar os efeitos concretos do ilícito, ao passo que o ressarcimento objetiva reparar todos os estragos acarretados pelo fato danoso, inclusive o acréscimo que o patrimônio teria caso não houvesse ocorrido o dano. Enquanto a remoção tem que fazer secar a fonte de onde podem provir os danos, o ressarcimento na forma específica tem que estar consciente da sua dificuldade para reparar o dano na sua integralidade, na medida em que apenas o restabelecimento da situação anterior a do dano deixa de lado os demais danos dele decorrentes, inclusive e especialmente o acréscimo que o patrimônio comportaria não fosse o dano.[13]

[12] A prioridade do ressarcimento na forma específica decorre do dever estatal de proteção, da própria natureza dos direitos e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Note-se, aliás, que em relação à tutela dos direitos transindividuais o ressarcimento na forma específica sequer constitui opção, mas sim dever, e, por isto, o legitimado à sua tutela não pode preferir ressarcimento em dinheiro no lugar da reparação *in natura*.

[13] Se a tutela ressarcitória em pecúnia visa a dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não-patrimonial, a tutela ressarcitória na forma específica é aquela que, em princípio, deve conferir ao lesado a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido. Tratando da tutela ressarcitória na forma específica, fala o § 249 do CC alemão em obrigação de reconstituir a situação que existiria se o dano não houvesse ocorrido. A tutela ressarcitória na forma específica, com efeito, deve proporcionar um resultado equivalente ao da situação que existiria caso o dano não tivesse acontecido. Não basta, em outras palavras, o restabelecimento da situação que era anterior ao do dano. Como o bem

É exatamente por esta razão que a tutela ressarcitória na forma específica pode ser cumulada com a tutela ressarcitória pelo equivalente. Ainda que seja possível reparar o dano mediante um fazer, obtendo-se o ressarcimento na forma específica, os demais danos podem ser reparados em dinheiro. Ou melhor: ressarcir, como é evidente, é reparar o dano na sua integralidade, ou seja, estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse sido praticado, o que pode ser proporcionado mediante prestações de fazer que eliminam os estragos provocado pelo fato danoso (ressarcimento na forma específica) juntamente com o pagamento de dinheiro (ressarcimento pelo equivalente) destinado a reparar os danos que não podem ser reparados na forma específica.

O ressarcimento na forma específica é imprescindível, por exemplo, ao direito fundamental ao meio ambiente. Diz o art. 225, *caput*, da Constituição Federal que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Essa norma trata de um direito cuja natureza não pode prescindir da tutela ressarcitória na forma específica, evidenciando isto mediante a alusão ao dever do Poder Público e da coletividade de "defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Ora, se o meio ambiente deve ser preservado para as presentes e futuras gerações, é evidente que, quando um fato danoso altera a sua configuração, o infrator fica obrigado – obviamente, quando faticamente possível – a estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido. Assim, por exemplo, quando são cortadas árvores em violação à legislação ambiental, o infrator deve ser obrigado a plantar árvores equivalentes (ressarcimento na forma específica), assim como recompor o sistema ecológico alterado na medida do possível (ressarcimento na forma específica) e a pagar soma em dinheiro para ressarcir os danos – imediatamente derivados do corte das árvores – não passíveis de reparação *in natura*.[14] O ressarcimento em dinheiro é necessário, em razão de o plantio de árvores "equivalentes" nunca reparar integralmente o dano e de a recomposição do sistema ecológico jamais ser ideal.[15]

---

protegido deve ser integralmente tutelado, é necessário que se estabeleça uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 426-427). De acordo com Helmut Rübmann, o § 249, primeira frase, dá ao credor a pretensão ao reestabelecimento *in natura* (§ 249 Satz 1 gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Herstellung in Natur) (*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 185). Ver ainda Peter Erman, *Handkommentar zum Bürgelichen Gesetzbuch*, v. 1, p. 12.

[14] Ver Peter Erman, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., v. 1, p. 22.

[15] É evidente que o ressarcimento na forma específica, diante do dano ambiental, pode ser cumulado ao ressarcimento em dinheiro. Isso porque o direito ao ressarcimento na forma específica somente seria integral se fosse capaz de colocar o bem ambiental no estado em que se encontraria caso o dano não houvesse ocorrido. Assim, por exemplo, se somente é possível, no caso da poluição de um rio, o estabelecimento de uma situação parcialmente equivalente àquela que existia antes da poluição, apenas parcela do dano será ressarcida por meio da tutela

De modo que, no Estado contemporâneo, a primeira e mais importante forma de reparação é a específica ou em natura. O ressarcimento pelo equivalente deve ser visto como residual, ou melhor, como uma forma de tutela que apenas é efetiva quando não é possível estabelecer, ainda que apenas em parte, a situação fática que existiria caso o dano não houvesse sido praticado.

Não obstante, os valores que levaram à confusão, no plano do direito civil, entre ressarcimento e indenização em pecúnia, também se projetaram sobre o direito processual civil. O Código de Processo Civil, quando editado, sequer cogitava ressarcimento na forma específica.[16] Isto porque, para que tal forma de tutela ressarcitória seja viável, é preciso dotar a jurisdição de meios de execução capazes de propiciá-la. Ou melhor, para o lesado poder obter a tutela ressarcitória na forma específica, é preciso que a jurisdição possa constranger o infrator a reparar mediante um fazer.

Porém, considerando-se a estrutura originária do Código de Processo Civil, o lesado, caso desejasse obter tutela ressarcitória na forma específica, teria que propor ação de conhecimento, pedindo a condenação do demandado a fazer, e, na hipótese do seu incumprimento, ajuizar ação de execução de obrigação de fazer (art. 632 e ss. do CPC).

Dizia o art. 632 do CPC, em sua redação primitiva, que "quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para cumprir o julgado no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver já determinado".[17] Não adimplido

---

ressarcitória na forma específica. A outra parcela do dano, que não poderá ficar sem sanção, terá que ser ressarcida mediante o pagamento de dinheiro. Ademais, o infrator, no caso de dano ambiental, deve indenizar a sociedade pela privação no gozo do meio ambiente. Essa indenização pode ser comparada – ainda que de longe – com os lucros cessantes, desde que feita a necessária advertência de que os lucros cessantes têm relação com um dano a direito individual – isto é, com aquilo que o indivíduo deixou de ganhar em razão do dano –, enquanto que a indenização pela privação da possibilidade de uso do meio ambiente diz respeito a um direito difuso, ou seja, a um direito pertencente a todos. Além disto, o ressarcimento não pode deixar de considerar o fato de que a poluição é um efeito negativo (uma externalidade negativa) que decorre de uma atividade produtiva. Por isso, o prejuízo ambiental, quando não ressarcível na forma específica, deve ser indenizado pelo titular da atividade geradora da poluição. Aplica-se, nesse sentido, o princípio do poluidor-pagador, que dita o dever do poluidor arcar com a totalidade dos custos da poluição, pena de a sociedade ter que pagar pelas perdas ambientais produzidas pelo setor privado (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 435).

[16] Nesse sentido, é correto afirmar que o Código de Processo Civil transformou o direito à reparação do dano em direito à obtenção de soma em dinheiro. Isso pelo motivo de que o modelo que foi por ele estruturado para o ressarcimento é completamente inidôneo para a prestação da tutela ressarcitória na forma específica, e, assim, para atender aos direitos que melhor se adaptam a essa forma de ressarcimento.

[17] Atualmente, o art. 632 possui a seguinte redação: "Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo (redação dada pela Lei 8.953, de 13.12.1994).

o fazer, aplicava-se o art. 633, *caput*: "Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, *requerer que ela seja executada à custa do devedor*, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização".

Ou seja, caso o infrator, citado diante da ação de execução, não cumprisse a prestação, o lesado teria que pedir que ela fosse realizada à custa do infrator. Além disto, seguindo-se nos termos do art. 634, § 1.º (recentemente revogado),[18] teria que ser nomeado perito para avaliar o custo da prestação do fato, procedendo-se, então, a uma custosa e demorada concorrência pública para se encontrar terceiro habilitado ao fazer. Ademais, impunha-se ao lesado a obrigação de adiantar ao terceiro o valor necessário ao seu trabalho (§ 7.º revogado, atual parágrafo único do art. 634 do CPC).[19]

Tal procedimento é completamente irracional em face do direito ao ressarcimento na forma específica. Ora, é pouco mais do que absurdo admitir que o lesado, após ter esperado vários anos para obter sentença de procedência transitada em julgado, tenha que propor ação de execução e, após o infrator ter "preferido" não prestar o fazer imposto pela decisão judicial, veja-se obrigado a arcar com os custos necessários à reparação do dano. Diante do direito ao ressarcimento na forma específica, não só os vários anos do processo de conhecimento e a sentença de procedência, assim como a própria ação de execução, não têm qualquer utilidade. Um procedimento deste tipo só serve para fazer com que o lesado perca tempo e dinheiro.

Não é por outra razão que ninguém, considerando a estrutura *originária* do Código de Processo Civil de 1973, propunha ação de conhecimento pedindo tutela ressarcitória na forma específica. Todo e qualquer lesado imaginava que a sua única saída era reparar o dano extrajudicialmente, isto é, longe da justiça e às suas custas, para depois pedir o reembolso do valor despendido ou o ressarcimento pelo equivalente.

Realmente não há ressarcimento na forma específica quando a técnica processual não o viabiliza. A tutela do direito, ainda que prometida pelo direito material e pela Constituição Federal, como é o caso da tutela ressarcitória na forma específica, depende de legislação adequada e de técnica processual idônea.

Não obstante, como as regras processuais devem ser interpretadas de acordo com os direitos fundamentais, e especificamente no que aqui importa com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, não há como deixar de retirar dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC a conclusão de que o autor pode requerer e o juiz utilizar a multa para constranger o demandado a ressarcir o dano mediante a prestação de um fazer.[20]

[18] Cf. Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

[19] Cf. Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

[20] A consideração de um direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional obsta que as normas processuais sejam lidas de modo a impedir a efetividade da tutela dos direitos. Desse modo, se existe, atualmente, forma efetiva e adequada para a imposição do fazer, não há

Sublinhe-se que a legislação processual e, portanto, os arts. 461 e 84 dos referidos Códigos, apenas instituem as técnicas processuais para a prestação das tutelas dos direitos, de modo que tais normas, ao definirem a multa como um dos meios de execução destinados a dar atuação à tutela antecipatória e à sentença, permitem a prestação de qualquer tutela que dependa da imposição de um fazer sob pena de multa, entre elas a tutela ressarcitória na forma específica.

Quando o demandado tem capacidade técnica para proceder a reparação não há qualquer problema em obrigá-lo, mediante a multa, a fazer. Porém, diante da sua inaptidão pessoal para o serviço, seria possível ver, na necessidade da reparação (ou melhor, o fazer) ter que ser realizada por terceiro, um obstáculo para a utilização da multa.

Contudo, caso a multa não pudesse ser utilizada apenas porque a reparação tem que ser feita por terceiro, o Código de Processo Civil estaria negando uma tutela prometida pelo direito material e pela Constituição Federal. Frise-se que o dever de reparar na forma específica deriva do direito material e evidentemente não pode ser extinto apenas porque aquele que cometeu o dano não tem capacidade técnica para a reparação. De modo que a multa é o meio de execução adequado a compelir o infrator a reparar o dano na forma específica, pouco importando a sua capacidade técnica.

Mas é possível que o autor deseje que o réu repare o dano mediante a participação de terceiro da sua confiança, ou que a idoneidade e o serviço do terceiro sejam controlados pelo juiz, quando a execução pelo terceiro – no interior do processo – pode ser mais favorável do que a execução sob pena de multa – que, embora force o réu a cumprir o fazer, não oferece ao autor qualquer possibilidade de controlar a atividade do terceiro.

Como já foi dito, se a execução a partir do art. 634 do CPC pode ser mais benéfica ao autor e o sistema processual (art. 461 do CPC) permite a utilização da multa em relação às obrigações fungíveis, não há lógica em entender que o exeqüente deve adiantar as quantias necessárias para que a reparação do dano aconteça – nos termos do parágrafo único do art. 634 do CPC.[21]

A aplicação do art. 634, parágrafo único, do CPC não traz benefício algum a quem – segundo a própria sentença transitada em julgado – foi lesado, garantindo-lhe apenas a cobrança, por meio de execução por quantia certa, do valor despendido com o fazer. Ora, poder cobrar o que foi necessário para reparar o dano está muito longe de significar a tutela prometida pelo direito material. Cobrar, depois de vários anos de processo jurisdicional, o valor necessário à reparação do dano, significa tutela ressarcitória pelo equivalente. Representa, de uma vez só, negar a tutela prometida

como preferir a utilização do antigo procedimento destinado à execução das obrigações de fazer, que privilegia o infrator, estimulando a sua desobediência em detrimento do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Na verdade, a utilização da técnica do art. 632 e ss. do CPC simplesmente elimina a possibilidade de ressarcimento na forma específica.

[21] Cf. Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

pelo direito material e pela Constituição e violar o direito fundamental à duração razoável do processo,[22] eis que não há razoabilidade em ter que se pedir a execução por quantia certa depois de o infrator ter sido declarado responsável e ter se negado a reparar o dano na forma específica.

Portanto, a multa pode ser utilizada para constranger o demandado a reparar o dano – pouco importando se o fazer vai ser prestado por ele ou por terceiro – ou para constrangê-lo a arcar com o custo para que o terceiro, indicado no processo, possa prestar o fazer necessário à reparação do dano.

É evidente que, quando se utiliza a multa para obrigar o infrator a arcar com as quantias necessárias ao fazer, não se pretende tutela ressarcitória pelo equivalente ou simplesmente indenização em pecúnia. Deseja-se, pura e simplesmente, a tutela ressarcitória na forma específica, devida pelo executado. A multa não está sendo utilizada como meio de execução de sentença que condena ao pagamento de quantia, mas sim como meio de execução de obrigação instrumental ao dever de reparar na forma específica, este sim reconhecido na sentença.

O dever de reparar, reconhecido na sentença, não se extingue porque um terceiro tem que fazer. O dever de reparar persiste até que seja extinto pelo juiz, ao dar por bom o fazer prestado pelo terceiro no processo. Justamente por isto, a multa para obrigar o infrator a custear a reparação não é uma multa utilizada para obrigar ao pagamento de indenização – até porque ela não foi pedida –, mas sim uma multa que se destina a compelir o réu a cumprir uma obrigação instrumental ao seu dever de reparar, reconhecido na sentença que está sendo executada.

Se o infrator tem o dever de reparar na forma específica, não importando a circunstância de o fazer ter que ser prestado por terceiro, não há diferença entre obrigá-lo a reparar na forma específica, providenciando o fazer, ou obrigá-lo a custear o valor para o terceiro fazer no processo. É claro que o infrator terá o direito de falar sobre a indicação do terceiro e o valor definido para a prestação do serviço, conforme a nova redação dos arts. 634, parágrafo único, e 637, parágrafo único, do CPC.[23]

Tal interpretação está de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

2.5 Tutela do adimplemento na forma específica

A tutela do adimplemento na forma específica é outra modalidade de tutela jurisdicional do direito estranha ao Estado liberal e ao processo civil clássico. Aqui não há como deixar de lembrar o enunciado da norma do art. 1.142 do Código de

[22] Sobre o direito fundamental à duração razoável do processo, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo, (Curso de processo civil)*, v. 1, cit., p. 221 e ss.

[23] Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Napoleão, no sentido de que toda obrigação de fazer e não fazer resolve-se em perdas e danos, mais juros, no caso de inadimplemento.

Recorde-se que, para o direito liberal-burguês, não importavam as diferenças entre as pessoas e os bens. O Estado liberal não tinha qualquer preocupação com as distorções sociais, mas apenas com a "liberdade dos cidadãos". Aliás, para assegurá-la, não podia tratar de forma desigual as diferentes posições sociais, partindo da premissa de que todos os bens e pessoas eram iguais. Ora, se todos os bens são iguais, todos eles podem ser expressos em pecúnia Neste contexto, basta a tutela pelo equivalente monetário, a qual, de uma vez só, responde as necessidades de o Estado manter a livre autodeterminação das partes no contrato – sem nele interferir para assegurar o seu cumprimento – e equilibrados os mecanismos de mercado momentaneamente alterados pelo inadimplemento.[24]

Quando, diante da ruptura do contrato, a política estatal não cogita sobre a importância de o contratante poder usufruir do bem objeto do contrato, sendo seu desejo exclusivo manter em funcionamento os mecanismos de mercado, descabe supor a necessidade de o juiz assegurar a tutela da obrigação em natura ou o adimplemento na forma específica.

Para a realização dos escopos da economia liberal, bastava uma sanção negativa no caso de violação das regras do contrato, a qual podia se expressar na nulidade ou na imposição do pagamento do equivalente à prestação inadimplida.

A doutrina do século XIX recuperou com toda força o princípio (do direito romano) da prevalência da tutela pelo equivalente monetário. No caso de violação, impunha-se ao responsável o custo econômico do inadimplemento, o que era suficiente para corrigir a alteração dos mecanismos de mercado.[25] Ou seja, a tutela pelo equivalente era ideal às exigências da economia liberal.

Se o Estado, diante do inadimplemento, apenas podia responder por meio do equivalente pecuniário, era necessário, em termos de processo, uma técnica que fosse capaz de viabilizar a obtenção da tutela pelo equivalente. Tornou-se ideal, assim, a técnica da sentença condenatória-execução forçada, suficiente para exprimir em pecúnia o valor da prestação inadimplida.

[24] O Estado liberal, para dar garantia de liberdade às pessoas, não podia interferir na esfera jurídica do particular, e, por essa razão, não tinha condição de assegurar, diante do inadimplemento do contrato, a entrega do próprio bem contratado ou a tutela jurisdicional específica. Ora, se nessa época importou, mais do que nunca, o princípio da autonomia da vontade, admitindo-se que as pessoas eram livres para se autodeterminar no contrato, não é difícil entender porque a tutela jurisdicional, no caso de inadimplemento, deveria ser pelo equivalente ao valor da prestação não cumprida (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 383). Ver Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 37-41.

[25] Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 156.

Nesta dimensão, fica claro que a tutela pelo equivalente pecuniário e a sentença condenatória têm o poder de neutralizar o valor dos bens, tendo, em determinado instante, feito acreditar que o processo civil poderia ser visto como uma arena neutra e indiferente aos direitos e às pessoas.

Porém, ao não se admitir a tutela específica, aceitando-se apenas a tutela pelo equivalente monetário, confere-se ao detentor do bem ou do capital a possibilidade de transformar o direito ao bem em direito ao dinheiro. Seguindo-se tal lógica, aquele que necessita do bem, e por isso realiza o contrato, jamais tem efetivamente assegurado o seu direito, enquanto o detentor do capital ou do bem tem a possibilidade de, a qualquer momento, e inclusive em razão de uma "variação de mercado" que não lhe é benéfica, liberar-se da obrigação de entregar o bem mediante a prestação de um valor em dinheiro.

Tal concepção – como esclarece Calvão da Silva –, "que alarga desmedidamente o princípio da reparação do dano e da execução por equivalente – de forte influência romanista e do antigo direito, onde, por efeito novatório da *litis contestatio*, a obrigação primitiva desaparecia para dar lugar à obrigação de indenização –, foi sendo atacada porque, na verdade, é inaceitável. Tinha, com efeito, à partida, uma contradição insanável ao afirmar que o devedor se vinculava no momento da formação do contrato, mas já seria livre de não cumprir, como se o cumprimento fosse, para o devedor, um 'dever livre' ou um puro ato potestativo e não um ato devido. Reconduzia a obrigação à idéia de um poder do credor sobre o patrimônio do devedor quando não mesmo à relação entre patrimônios, tomando a nuvem por Juno, sem captar a verdadeira substância do direito de crédito como direito à prestação. Contrariava a realidade da vida, pois era indiferente à realização efetiva e espontânea da prestação (cumprimento), ou da prestação efetivada por via executiva. Desrespeitava, em suma, as obrigações, que não têm valor senão na medida em que realizam o seu pleno efeito, sendo antijurídica a recusa de cumprir ainda que acompanhada da oferta de reparação do dano proveniente do não cumprimento".[26]

Na sociedade contemporânea de massa, em que é imprescindível a proteção do direito fundamental do consumidor, não há como deixar de conferir ao jurisdicionado a tutela específica da obrigação inadimplida. Ora, no sistema em que não há tutela específica, o consumidor *não tem direito* ao bem, já que o empresário detém a possibilidade de transformá-lo em dinheiro. Na verdade, o ordenamento jurídico que não conhece a tutela específica admite que a parte mais forte no contrato pode sempre quebrá-lo, bastando estar disposta a pagar por isto.

Caso o ordenamento jurídico brasileiro outorgasse ao credor apenas tutela pelo equivalente ao valor da prestação, haveria inconstitucionalidade por insuficiência de tutela ou proteção ao direito fundamental do consumidor. O ordenamento, neste caso, estaria faltando ao seu dever de dar proteção ao consumidor, negando-lhe a

[26] João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 173.

possibilidade de obtenção do bem contratado – e, assim, mostrando-se indiferente à importância do efetivo cumprimento da obrigação na vida das pessoas – para dar liberdade ao fornecedor de não cumprir o contrato, como se ele tivesse que ser livre para pagar o equivalente ao valor da prestação ou não pudesse ser compelido a cumprir com o que contratou.

Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, o Código de Processo Civil, respectivamente, os arts. 84 e 461, instituíram técnicas processuais que, quando vistas à luz das tutelas dos direitos e a partir dos direitos fundamentais, são suficientes para dar ao credor a possibilidade de exercer a ação para obter a tutela específica do bem contratado.

Como técnica executiva, mais uma vez aparece como imprescindível a multa. A multa pode ser utilizada para constranger o devedor a fazer, seja a obrigação fungível ou infungível.

No que diz respeito à execução do fazer por terceiro, estabeleciam os parágrafos do art. 634 do CPC, antes da recente alteração dos arts. 634 e 637,[27] que o juiz deveria nomear perito para avaliar o custo da prestação do fato devido, realizando-se, a seguir, concorrência pública para se encontrar terceiro habilitado ao fazer e a proposta mais vantajosa (§§ 1.º a 6.º). Esses parágrafos, que tratavam da necessidade de avaliação e de concorrência pública, foram suprimidos do art. 634, restando apenas a exigência de que o exeqüente adiante ao terceiro as quantias necessárias para a prestação do fato, antes presente no revogado § 7.º e agora constante no parágrafo único do art. 634.[28]

Atualmente o terceiro não é mais escolhido por concorrência pública, devendo ser indicado pelo juiz, se for o caso, inclusive, mediante requerimento do próprio exeqüente. O terceiro apresentará sua proposta, demonstrando o valor da prestação do fato e discriminando as quantias que necessitará para a sua realização, sobre a qual as partes terão oportunidade de falar para, ao final, o juiz aprová-la ou não.

Sublinhe-se que o novo parágrafo único do art. 634 diz que "o exeqüente adiantará as quantias previstas na proposta que, *ouvidas as partes, o juiz houver aprovado*",[29] enquanto o revogado § 7.º do art. 634 dizia que "o credor adiantará ao *contratante* as quantias estabelecidas na *proposta aceita*". Não se fala mais em *contratante* e *proposta aceita* porque não é mais preciso concorrência pública. Agora, apresentada a proposta pelo terceiro, devem as partes ser intimadas para se manifestar, procedendo-se, a seguir, a sua aprovação ou não.

[27] Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

[28] Diz a recente redação do art. 634: "Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exeqüente, decidir que aquele o realize à custa do executado. Parágrafo único. *O exeqüente adiantará as quantias* previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado" (cf. Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 – grifos nossos).

[29] Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Este "sentido" da nova execução do fazer fungível também é frisado pela alteração do parágrafo único do art. 637. Esse parágrafo único afirmava que o exeqüente deveria exercer o seu direito de preferência – ou seja, o direito de realizar, por si mesmo, o fato devido – "no prazo de 5 (cinco) dias, contados da *escolha da proposta" mais vantajosa* (aludindo ao revogado § 3.º do art. 634). O novo parágrafo único do art. 637 diz apenas que "o direito de preferência será exercido no prazo de 5 (cinco) dias, contados da *apresentação da proposta pelo terceiro* (art. 634, parágrafo único)".[30] Como não há mais concorrência pública, logicamente não mais se fala em *escolha da proposta mais vantajosa*. A nova regra alude à "*apresentação* da proposta pelo terceiro", evidenciando a desnecessidade de concorrência. Mas deveria ter aludido a *homologação* (e não apenas *apresentação*) – após a ouvida das partes – da proposta do terceiro. Isto porque a mera apresentação da proposta não dá ao exeqüente o direito de realizar o fato por si nas condições apresentadas pelo terceiro. Tais condições, antes de propiciarem o exercício do direito de preferência, devem ser submetidas ao executado, que, obviamente, deve ter a possibilidade de se manifestar sobre elas.

Porém, como o sistema admite o uso da multa em relação às obrigações fungíveis, não há porque descartar a multa para constranger o executado a arcar com as despesas necessárias para o terceiro fazer. A única objeção que poderia ser feita diz respeito a uma questão de oportunidade. É que se é possível compelir o réu, mediante multa, a uma prestação fungível, poderia não haver razão para se recorrer à execução com base no art. 634 do CPC. Nesta perspectiva, o procedimento do art. 634 somente teria oportunidade no caso de o réu não se mostrar sensível à execução sob pena de multa.

Porém, não é possível esquecer que o autor pode desejar que a atividade do terceiro e a qualidade do fazer sejam controladas pelo juiz. Na hipótese de assim pretender o autor – como o sistema admite a utilização da multa em relação às obrigações fungíveis –, ele pode se valer da multa para constranger o devedor da prestação a arcar com os seus custos.

Ou seja, o exeqüente deve adiantar as quantias previstas na proposta – nos termos do parágrafo único do art. 634 – *apenas quando não optar pela multa*, e não sempre e necessariamente. Esta é a interpretação do parágrafo único do art. 634 que está de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Pode-se dizer, é certo, que, no caso em que o demandado se recusa a prestar o fazer e esse é realizado por um terceiro nomeado pelo juiz – nos termos do art. 634 do CPC –, a prestação devida é realizada na forma específica. Porém, isto constituiria uma real proteção ou tutela jurisdicional caso o próprio credor não tivesse que pagar o terceiro. Na realidade, o procedimento que obriga o autor a pagar o terceiro somente tem racionalidade quando não há outra alternativa para se obter a prestação do fazer.

[30] Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Ora, quando se almeja a tutela específica da obrigação, *deseja-se que o devedor – e não um terceiro à custa do credor, ou, em outras palavras, o próprio credor – cumpra a prestação.*

Por outro lado, ninguém mais nega que a multa, para exercer função executiva adequada, deve ser fixada em valor superior ao da prestação inadimplida.[31] Caso a multa não pudesse superar o valor do inadimplemento, o devedor sempre teria a opção de obrigar o credor a cobrar o valor da multa, novamente surgindo a suposição de que ele não tem dever de cumprir a prestação contratada, nem mesmo diante da jurisdição.[32] Por isto mesmo é que se deve admitir que a multa seja fixada em valor maior do que o da prestação, ainda que para compelir o devedor a arcar com o custo do seu cumprimento.

2.6 Tutela do adimplemento perfeito

A tutela do adimplemento perfeito volta-se contra o cumprimento imperfeito da prestação. Realiza, na forma específica, o adimplemento da prestação originária.

Ou seja, o credor não tem apenas direito à tutela do adimplemento na forma específica, mas também direito à tutela do adimplemento da obrigação tal como devida. Uma pressupõe o inadimplemento e a outra o adimplemento imperfeito ou malfeito. Ambas nada têm a ver com o dano e com a culpa.

A tutela que aqui interessa pressupõe vício na prestação do fazer ou na coisa, realizando-se com a sua reexecução ou com a eliminação, mediante fazer, do vício na coisa – ou seja, com a entrega da prestação originária ou tal como contratada –, e assim não pode ser confundida com a tutela ressarcitória na forma específica.[33]

[31] "Atualmente, em face dos arts. 461, CPC, e 84, CDC, não há mais qualquer dúvida acerca da possibilidade de a multa exceder ao valor da prestação. Isso pela razão de que essas normas, atreladas à idéia de que a tutela específica é imprescindível para a realização concreta do direito constitucional à efetiva tutela jurisdicional, não fazem qualquer limitação ao valor da multa" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 396).

[32] "Como se vê, a multa não tem nada a ver com o valor da prestação inadimplida ou com as perdas e danos. Sua função é eminentemente coercitiva, isto é, o seu objetivo é convencer o réu a cumprir a decisão judicial. Nesse sentido, e por lógica, não há como limitar o valor da multa ao valor da prestação inadimplida. Se o valor da multa estivesse limitado a esse valor, o demandado sempre teria a faculdade de liberar-se de sua obrigação, devolvendo o valor que foi pago pela prestação" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 397).

[33] "Com efeito, obter a reparação ou substituição da coisa é realizar especificamente o próprio direito do comprador à prestação originária, isenta de vícios, que lhe é devida. É, portanto, o meio de remover uma antijuridicidade, de suprimir o próprio ilícito – fonte ou não de danos –, atacando o mal pela raiz, inconfundível com o ressarcimento em forma específica que, sabemo-lo bem, opera no quadro da responsabilidade civil sobre o dano resultante do ilícito cometido pelo devedor, ao não cumprir exatamente a prestação a que está vinculado. Assim, e a título ilustrativo, se o comprador de um automóvel novo detecta, logo nas primeiras viagens, alguns defeitos,

No caso de obrigação de fazer, o mau cumprimento abre ensejo à tutela do adimplemento perfeito da prestação originária de fazer. Segundo o art. 20 do CDC, o consumidor, diante de vícios de serviços, assim como daqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, tem o direito de requerer, alternativamente e à sua escolha: i) *a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível*; ii) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; iii) o abatimento proporcional do preço.

A reexecução dos serviços constitui espécie de tutela específica do adimplemento perfeito. Esta tutela pressupõe o adimplemento imperfeito de obrigação de fazer, fundando-se na garantia de qualidade própria à obrigação. A culpa aí não importa, pois o direito à reexecução do serviço é baseado na obrigação de sua prestação com as qualidades que são inerentes às indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária.

O credor pode pedir, sob pena de multa, que o serviço seja reexecutado pelo próprio devedor. Quando o devedor, apesar da multa, não reexecuta o serviço, esse deverá ser feito por sua conta e risco (cf. art. 20, § 1.º, do CDC). Por isto, o credor deve indicar terceiro, devidamente capacitado, no mesmo instante em que pede a reexecução do serviço. Neste caso, a multa também pode ser utilizada para convencer o devedor a custear o trabalho do terceiro, uma vez que estará sendo utilizada apenas para compelir o devedor a cumprir obrigação instrumental à obrigação de prestação do serviço.

Mas, no caso de cumprimento imperfeito da obrigação de entrega de coisa, o Código de Defesa do Consumidor também outorga ao consumidor o direito de exigir um fazer. O art. 18, *caput*, do CDC, no caso de vício do produto, dá ao consumidor o direito de pedir a substituição das partes viciadas do bem. Ou melhor, o consumidor, em caso de vício de qualidade do produto, *deve reclamar* ao fornecedor, no prazo legal, a substituição das partes viciadas; não sendo atendido, embora tenha ao seu dispor outras opções, pode pedir ao juiz que tais partes viciadas sejam substituídas.

Pedir a substituição das partes viciadas do produto implica em solicitar um fazer, o que significa que, embora a obrigação originária não seja de fazer, o consumidor pode pedir tutela do adimplemento perfeito da obrigação de entrega de coisa mediante um fazer. Nesse caso, o meio executivo necessário – ou melhor, ideal –, nos termos do § 5.º do art. 461, será a multa, embora tal substituição possa ser feita

---

como barulhos ou desvio na direção, não se contesta que tem o direito à sua eliminação, apesar de não causarem ou não terem causado prejuízos, como também se lhe reconhecerá o direito à reparação mais o direito à indenização se os houver, tendo a substituição da prestação imperfeita e a eliminação dos defeitos por direito ao exato cumprimento" (João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, p. 57).

por um terceiro, quando caberá aplicar tudo o que foi dito linhas acima em relação à reexecução do serviço por terceiro.

2.7 Tutela específica do cumprimento do dever legal de fazer

São muitos os deveres de fazer decorrentes de imposição legal que conferem à parte prejudicada pelo descumprimento o direito de exigir o cumprimento na forma específica. O titular da pretensão à tutela do cumprimento do dever legal pode ser, conforme o caso, o Estado ou um particular a quem o cumprimento da norma infringida interesse.

Neste caso, não importam o dano e a culpa, pois não se objetiva tutela ressarcitória. Basta apenas o descumprimento da regra legal.

Porém, há que se fazer a distinção entre a tutela específica do cumprimento do dever violado, a tutela inibitória contra a omissão continuada ilícita e a tutela de remoção do ilícito.

Quando alguém não cumpre uma norma cujo objetivo é de evitar a exposição dos direitos a danos, e a sua omissão prolonga-se no tempo, é possível exigir tutela destinada a inibir a continuação da omissão ilícita, exigindo-se a prestação omitida. Assim, por exemplo, no caso em que a empresa não instala equipamento antipoluente, tal como previsto em lei para o exercício da sua atividade. Cabe ação inibitória para obrigar a empresa a instalar o equipamento, evitando-se a continuação da sua omissão ilícita.

No caso em que norma de igual natureza é violada, e a ação ilícita se exaure mediante fazer, mas os efeitos concretos do ilícito perduram no tempo, deve ser requerida tutela de remoção dos efeitos concretos do ilícito. É a hipótese da exposição à venda de produto nocivo, quando não há mais como obrigar a não praticar o ilícito ou a não continuar praticando o ilícito, uma vez que a ação já se exauriu, restando apenas a possibilidade de remoção do produto nocivo (a sua apreensão), evitando-se, assim, que os efeitos da ação ilícita se perpetuem como fonte de danos ao consumidor.

Contudo, quando é violada norma – que exige fazer – não relacionada com proteção contra danos, não há como pensar em tutela preventiva ou tutela inibitória nem em tutela de remoção do ilícito. Nesta situação, não há omissão ilícita que abre oportunidade a danos, na medida em que se desenvolve no tempo (tutela inibitória), ou prática de ação ilícita, que exige a remoção dos seus efeitos concretos (tutela de remoção do ilícito). Há violação de norma que impõe um fazer que não se dirige a evitar dano.

Em termos de pressuposto de direito material, a violação da norma é o bastante para se requerer a tutela jurisdicional do direito. A multa também tem grande importância aqui, como meio voltado a convencer o demandado a fazer. O mesmo problema, já adiantado quando se tratou da tutela ressarcitória na forma específica e

da tutela do adimplemento na forma específica, aparece quando se pensa em executar o dever de fazer através da atividade de terceiro. É que o terceiro, para fazer, deve ser pago, e alguém que não faz muito provavelmente não pagará para outro fazer.[34]

[34] No mais, remete-se o leitor para os itens anteriores, que trataram da tutela ressarcitória na forma específica (2.4) e da tutela do adimplemento na forma específica (2.5).

3

O Poder Executivo Diante da Imposição do Não Fazer e do Fazer

3.1 A liquidação da sentença

Embora o art. 475-A afirme que "quando a sentença não determinar o *valor devido*, procede-se à sua liquidação", parecendo esquecer que a liquidação não diz respeito apenas à sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, é certo que a sentença que reconhece obrigação de não fazer ou de fazer pode ser ilíquida.[1]

Sabe-se que a prestação deve ser individualizada e precisada, devendo a sentença delimitar e definir o que deve ser feito. Não obstante, pode não ser possível colher, na fase de conhecimento, os dados necessários para o delineamento do fazer. De qualquer forma, a sentença ilíquida depende da formulação de pedido genérico, isto é, de pedido que não define e delimita o fazer pretendido.

Assim, por exemplo, se o autor não pode definir a extensão do dano provocado ao meio ambiente no momento da propositura da ação, é natural que ele não possa delimitar e definir o que deve ser feito pelo demandado para a execução da *tutela ressarcitória na forma específica*. Se o acidente ecológico provocou dano cuja extensão aumenta progressivamente com o passar do tempo, é intuitivo que o reconhecimento do dever de indenizar mediante realização de fazer irá requerer a apuração da extensão do dano, para que, então, o fazer devido seja delineado em sua exata dimensão. Aplica-se, neste caso, o art. 286, II, do CPC, que autoriza o autor a formular pedido

[1] Como também a sentença que reconhece obrigação de entregar coisa.

genérico "quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito".

Em outro caso, em ação em que se pede *tutela específica da obrigação de fazer inadimplida*, ao autor pode não ter sido possível definir, na inicial, a exata configuração da obra devida, discriminando os seus caracteres. Nesta hipótese, também será necessária a prévia definição das características da prestação devida.

A liquidação, tratando-se de sentença que reconhece obrigação de fazer ou de não fazer, somente se impõe quando imprescindível à execução da tutela jurisdicional do direito, uma vez que a falta de alguns detalhes não chega a retirar a liquidez da sentença.

3.2 A concentração do poder de execução

Como diz o § 5.º do art. 461, "para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as *medidas necessárias, tais como* a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial". Esta norma, além de falar expressamente em "medidas necessárias", tem nítido conteúdo exemplificativo – valendo-se da expressão "tais como". Ou seja, tal norma dá ao juiz o poder de utilizar o meio de execução adequado ao caso concreto.

A norma em destaque é fruto do direito fundamental de ação, que tem como corolário o direito aos meios executivos adequados.[2] Se do direito fundamental de ação (art. 5.º, XXXV, da CF) decorre o direito ao meio executivo capaz de dar efetividade ao direito material, não há como aceitar a idéia de que o juiz somente pode admitir o uso dos meios executivos expressamente tipificados na lei, uma vez que a

[2] Como escreve Canotilho, "a existência de uma proteção jurídica eficaz pressupõe a *exeqüibilidade das sentenças* ('fazer cumprir as sentenças') dos tribunais através dos tribunais (ou, evidentemente, de outros órgãos), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da proteção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentenças proferidas contra o próprio Estado (CRP, art. 208.º/2 e 3, e, em termos constitucionalmente claudicantes, o Decreto-lei 256/A/77, de 17 de junho, art. 5.º ss., e Decreto-lei 267/85, de 12 de julho, art. 95.º ss.). Realce-se que, no caso de existir uma sentença vinculativa reconhecedora de um direito, a execução da decisão do tribunal não é apenas uma dimensão da legalidade democrática ('dimensão objetiva'), mas também um *direito subjetivo público* do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compensatórios (indenização), medidas compulsórias ou 'ações de queixa' (cfr. Convenção Européia dos Direitos do Homem, art. 6.º), no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais" (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2002, p. 654). Ver também David Vallespín Pérez, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, p. 142; Álvaro Gil-Robles, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, p. 85.

adequação dos meios de execução depende das circunstâncias do caso concreto.[3] O direito fundamental de ação exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada e, por isto, fez com que o legislador deixasse de lado o princípio da tipicidade dos meios executivos e consagrasse o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz.[4]

Por este motivo, a regra do § 5.º do art. 461 pode ser dita *aberta à concretização judicial*. Como as regras processuais, em geral, vinculam o juiz e as partes ao que pode e ao que não pode ser feito, tal regra possui uma característica especial, uma vez que não somente apresenta uma moldura ampla, dentro da qual o juiz pode trabalhar, como anuncia que este trabalho deve ser realizado segundo as circunstâncias do caso concreto.[5]

Referida regra não "define tudo o que poderia ser definido" ou o "que pode ser feito pelas partes e pelo juiz", isto é, não fixa as medidas executivas que devem ser utilizadas, mas deixa ao juiz o poder de escolher a medida executiva adequada ao caso concreto. Esta "indefinição" é própria a uma regra aberta à concretização judicial, que também pode ser pensada, na perspectiva do poder de escolha do meio executivo conferido ao juiz, como uma cláusula geral executiva.

Note-se que tal poder abarca duas situações distintas. Não só permite o uso do meio de execução capaz de dar efetividade a uma determinada e específica tutela de direito material (em abstrato) – como, por exemplo, a tutela inibitória –, como também viabiliza a utilização da modalidade executiva capaz de garantir a efetiva tutela do direito material *no caso concreto*.

Perceba-se que a busca e apreensão de produto nocivo à saúde do consumidor, em princípio (em abstrato), é idônea à prestação da tutela de remoção do ilícito, mas o caso concreto, em razão das suas particularidades (o réu tem várias filiais em diferentes comarcas), pode fazer ver que a multa é mais adequada para a efetividade da tutela de remoção do ilícito.

Além disso, a multa pode ser aplicada de acordo com as particularidades do caso, variando segundo a gravidade do ilícito e a capacidade econômica do demandado, o que revela uma latitude de poder ainda maior para o juiz atender as necessidades do direito material no caso concreto.[6]

[3] Ver Luiz Guilherme Marinoni, Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali, *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. I, p. 93-162.

[4] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo* (*Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 269 e ss.).

[5] Ver Luiz Guilherme Marinoni, La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos, *Revista de Derecho Procesal*, n. 1, p. 425 e ss.

[6] Sobre a execução da tutela urgente que impõe obrigação de fazer e não fazer, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 131 e ss.

O art. 461 outorga ao juiz um poder executivo inimaginável à época do direito liberal. É por isto que, agora, ao invés do princípio da tipicidade dos meios de execução – ainda hoje aplicável à execução da sentença que condena a pagar quantia –, deve-se falar em princípio da concentração dos poderes de execução.

3.3 O poder jurisdicional de determinar modalidade executiva diferente da pedida e de conceder "resultado prático" equivalente ao da tutela específica requerida

De acordo com o art. 461, além de a lei não definir o meio executivo que deve ser utilizado – dando ao autor a possibilidade de postular o que reputar oportuno –, o juiz não está mais adstrito ao meio executivo solicitado, podendo determinar aquele que lhe parecer o mais idôneo ao caso concreto.

Ou seja, a necessidade do incremento do poder executivo não implicou apenas na quebra do princípio da tipicidade, mas também no desaparecimento da obrigação de o juiz ficar adstrito ao meio executivo solicitado.

O art. 461 do CPC autoriza o juiz a determinar a modalidade executiva que reputar idônea *independentemente de requerimento do autor, isto é, de ofício* (art. 461, §§ 4.º e 5.º), bem como a conceder a tutela específica *ou o seu resultado prático equivalente* (*caput*).

A doutrina vem entendendo que o art. 461 do CPC constitui exceção à regra geral da adstrição da sentença ao pedido. José Manoel de Arruda Alvim, ao tratar da multa, afirma que, neste caso, a imposição do meio executivo "*independe de pedido do autor, o que é novidade*", não sendo seguida "a regra geral (principalmente, arts. 128 e 460, primeira frase, do CPC), de que qualquer decisão, ordem ou sentença, *sempre depende de pedido da parte e haverá de a este se cingir para o respectivo acolhimento, ou não*".[7] Watanabe, tratando do mesmo tema, afirma que "não há que se falar, diante desse poder concedido ao juiz, *em ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença,* uma vez que é o próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, que está excepcionando o princípio".[8]

Mas, para a solução da questão, não basta constatar que a lei processual (art. 461 do CPC) afirmou que o juiz pode impor meio executivo não pedido ou conceder resultado prático equivalente ao da tutela específica. É preciso analisar se a autorização da lei viola os direitos fundamentais processuais.

O princípio da tipicidade e a regra da adstrição ou da congruência possuem íntima relação com a idéia de garantia de liberdade dos litigantes. Se a tipicidade tem a função de impedir a execução através de meio executivo não previsto na lei,

[7] José Manoel de Arruda Alvim, *Código do consumidor comentado*, p. 402.

[8] Kazuo Watanabe, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 43.

a regra da adstrição visa evitar atuação oficiosa do juiz, que poderia comprometer a sua imparcialidade, levando-o a atuar de forma arbitrária.

Porém, quando o Estado percebeu que era necessário, para tratar adequadamente das novas situações de direito substancial, dar maior poder à jurisdição, foi conferido ao autor a possibilidade de escolher o meio executivo adequado e ao juiz não apenas o poder de admiti-lo, mas também o poder de, ao considerá-lo inidôneo, conceder outro em seu lugar, como ainda o de dar resultado prático equivalente ao da tutela solicitada.

No entanto, tal incremento de poder não é capaz de violar o direito a um juiz imparcial. Note-se que, através do art. 461, não se concede ao juiz poder de conferir *tutela jurisdicional do direito* diferente da solicitada, mas simplesmente poder de determinar *meio de execução* distinto do requerido para a tutela jurisdicional do direito pedida pelo autor, assim como o resultado equivalente à concessão desta tutela do direito, mas sempre com a observância da regra da menor restrição possível. Lembre-se que a jurisdição tem o dever de utilizar a técnica processual adequada à tutela do direito. De modo que o juiz tem o dever de, ao reconhecer o direito à tutela do direito material, prestá-la de modo efetivo, e, assim, determinar o meio de execução necessário, ainda que diferente do solicitado.[9]

Assim, por exemplo, se é pedida tutela inibitória ou de remoção do ilícito, o juiz não pode conceder tutela ressarcitória na forma específica, mas se a tutela de remoção é pedida mediante a imposição de multa, o juiz pode, se assim recomendarem as particularidades do caso concreto, determinar modalidade executiva diferente, como, por exemplo, a busca e apreensão. Mas isto – frise-se – se as peculiaridades do caso concreto, devidamente justificadas na decisão, exigirem meio de execução diverso do requerido, o qual, além de idôneo à efetiva prestação da tutela do direito, deve ser o que traz a menor restrição possível ao demandado.

Na mesma dimensão coloca-se a possibilidade de o juiz conceder o resultado prático equivalente ao da tutela específica requerida. É que o poder do juiz, neste caso, encontra limites na tutela jurisdicional pedida pelo autor, até porque, como diz o art.

[9] Quando o legislador não institui técnica processual ou meio de execução adequados à tutela jurisdicional do direito há proteção normativa insuficiente ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Existe, em outros termos, insuficiência de proteção aos direitos fundamentais, que necessariamente deve ser suprida pelo juiz. Lembre-se que, no caso de omissão ou de insuficiência de tutela aos direitos fundamentais por parte do legislador, o juiz deve prestar a tutela ao direito fundamental. No caso de insuficiência de técnica processual, deve utilizar, mediante a devida justificativa, a técnica processual idônea, com o que dará proteção ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, além disto, prestará a devida tutela jurisdicional do direito. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria Geral do Processo* (*Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 80 e ss. e p. 120 e ss.

461, a providência jurisdicional, neste caso, deve conceder *resultado prático equivalente ao da tutela específica solicitada*, não podendo extrapolar os seus limites.[10]

Melhor explicando: se é pedida tutela inibitória, o resultado prático não pode ser equivalente ao da tutela ressarcitória. Recorde-se, para evidenciar tal impossibilidade, que tais tutelas têm pressupostos completamente distintos, uma exigindo apenas a probabilidade de ato contrário ao direito e a outra mostrando preocupação com o dano e com o elemento subjetivo (culpa). Porém, uma vez constatada a necessidade de fazer cessar a poluição, prestando-se tutela inibitória, o juiz pode deixar de determinar a interdição da empresa para determinar a instalação de um filtro antipoluente. Como é óbvio, isto apenas será possível se a instalação do filtro constituir meio idôneo à tutela inibitória do direito ambiental. É apenas após a constatação da idoneidade do meio que se perguntará sobre a regra da menor restrição possível. Ou seja, se bastar, para fazer cessar a poluição, instalar filtro antipoluente, obviamente não há como determinar a interdição da empresa, pois neste caso estaria sendo violada a regra da menor restrição possível.

Como se vê, mais uma vez resta claro que a lógica do art. 461 do CPC somente pode ser compreendida a partir da teoria da tutela dos direitos. O resultado prático deve ser equivalente ao da *tutela do direito* solicitada (*inibitória* etc.), e não ao da *sentença* pedida – também *impropriamente chamada de tutela jurisdicional*. Ora, a sentença mandamental, por exemplo, pode prestar inúmeras formas de tutela, como a inibitória, do adimplemento e ressarcitória na forma específica. Portanto, não há como supor que o resultado prático deve ser equivalente ao da "tutela (sentença) mandamental".

3.4 A diferença entre modalidade executiva diferente da pedida e "resultado prático" equivalente ao da tutela específica solicitada

Deixe-se claro, porém, que o uso de meio de execução diverso não se confunde com a concessão de resultado prático equivalente. A modalidade executiva é a técnica destinada a realizar a tutela do direito material, forçadamente ou mediante o constrangimento da vontade do vencido. Assim, por exemplo, enquadram-se no gênero modalidade executiva – ou meio executivo – a busca e apreensão e a multa. Quando se altera a multa para a busca e apreensão para se prestar a tutela de remoção do ilícito, há simples modificação do meio executivo.

O resultado prático equivalente, por sua vez, é uma providência não solicitada, capaz de gerar resultado prático equivalente ao da tutela específica. É uma providência diversa, *em seu conteúdo*, da requerida, e não apenas um outro meio executivo necessário à realização da mesma providência pedida.

[10] O STJ, diante de ação civil pública voltada à tutela do meio ambiente, assim decidiu: "Sentença que, ao julgar procedente o pedido e, com apoio no art. 461, segunda parte, do CPC, determina a adoção de providências tendentes a assegurar o resultado prático da obrigação postulada na inicial, não afronta as disposições dos arts. 128 e 460 do mesmo Código" (STJ, 2.ª T., REsp 332772, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 28.06.2006).

Quando se compreendem as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito – as duas mais importantes espécies de tutela específica –, percebe-se facilmente que a inibição da prática de ato contrário ao direito e a remoção dos efeitos concretos da ação ilícita podem ocorrer de diversas formas ou mediante atos materiais de diferentes conteúdos. Assim, por exemplo, ao se almejar a tutela inibitória, mediante a cessação da atividade poluidora, é possível – em abstrato – requerer a interdição da empresa ou a instalação de filtro antipoluente. Nesse caso, pode haver concessão de providência com conteúdo diverso do solicitado, mas suficiente para prestar resultado prático equivalente ao da tutela específica – no caso, inibitória –, isto é, a cessação da atividade poluidora. Fala-se, nessa perspectiva, por precisão de linguagem, em formas para a prestação da tutela inibitória, para distingui-las dos meios de execução propriamente ditos.

As formas de prestação da tutela inibitória ou de remoção do ilícito não se confundem com os meios de execução das formas de prestação destas tutelas. De outra maneira, requerer a instalação de um filtro antipoluente e determinar a interdição de uma fábrica teria o mesmo significado e valor do que pedir a cessação da atividade da fábrica sob pena de multa e se determinar a sua interdição mediante auxílio de força policial.

Ora, a distinção entre as situações é visível e importante. Não há como ignorar a diferença entre a imprescindibilidade de uma determinada forma para a prestação da tutela e a necessidade de certo meio de execução. A constatação da forma idônea e que traz a menor restrição possível deve ser feita em contraditório, muitas vezes a partir da produção de provas, inclusive pericial, como acontece quando se determina a instalação do filtro no lugar da interdição da fábrica. Por sua vez, a identificação do meio de execução ocorre após o raciocínio judicial ter passado pelos argumentos e provas sobre a forma de prestação da tutela (raciocínio probatório) e concluído a respeito da forma de prestação da tutela necessária (meio idôneo e que gera a menor restrição). Ou seja, a individualização do meio de execução, que se dá ao final da fase decisória do raciocínio judicial, é posterior aos raciocínios probatório e decisório acerca da forma de prestação da tutela jurisdicional do direito.

3.5 A possibilidade de se alterar a modalidade executiva após o trânsito em julgado da sentença

Nesta linha, não é difícil identificar o motivo pelo qual se conferiu ao juiz a possibilidade de aumentar ou diminuir o valor da multa (art. 461, § 6.º) ou de alterar a modalidade de execução, após o trânsito em julgado da sentença, independentemente de pedido.

Como visto quando se tratou das formas de execução, especialmente no item *A questão da modificação do valor da multa (5.4.1.10)*, não há coisa julgada sobre o valor da multa, uma vez que a sua natureza é provisória, já que não objetiva dar algum crédito ao autor ou garantir que o réu não poderá ser constrangido a cumprir a decisão judicial por meio de uma ameaça maior, mas apenas viabilizar a efetividade da decisão judicial.[11]

Pelo mesmo motivo que não existe coisa julgada sobre o valor da multa, não há coisa julgada sobre qualquer outro meio executivo. Portanto, verificando o juiz que meio de execução diferente do fixado na sentença poderá propiciar a adequada tutela jurisdicional do direito, cabe-lhe substituir o meio de execução anterior por outro. Isto, note-se bem, não apenas quando o meio executivo não for capaz de dar concretude à tutela jurisdicional, mas igualmente quando não for o que traz a menor restrição possível ao demandado.

Frise-se que a desnecessidade de observância estrita da lei e do pedido, bem como a liberdade de alteração do meio executivo, encontram lastro no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (direito fundamental de ação), o qual ilumina, além do trabalho judicial, a tarefa do legislador em dotar o cidadão e a jurisdição de poder suficiente para que as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição sejam efetivamente prestadas.

3.6 A alteração da forma de prestação da tutela do direito após o trânsito em julgado

Não há como questionar a forma de prestação da tutela após o trânsito em julgado. Ou seja, não há como pretender submeter a forma de prestação da tutela, após o trânsito em julgado, novamente às regras do meio idôneo e da menor restrição possível.[12] A forma de prestação da tutela do direito é abrangida pela coisa julgada material, podendo ser alterada apenas em razão da modificação da situação de fato.

Assim, se o réu não cumpre a sentença, deixando de atender à forma de prestação da tutela nela veiculada, o juiz pode impor outra forma para a prestação da tutela, ainda que mais gravosa à esfera jurídica do demandado. Ora, o réu que deixa de observar a sentença legitima a imposição de outra forma de prestação da tutela, que naturalmente deve ser mais grave do que a anterior. Assim, por exemplo, se o réu não instala o filtro, o juiz pode determinar a interdição da fábrica.

[11] O STJ, a respeito, já decidiu no seguinte sentido: "Processo civil. Obrigação de fazer. *Astreintes*. Alteração do valor. Execução. *Coisa julgada*. Art. 461, § 6.º, CPC. Possibilidade. *O valor das astreintes pode ser alterado a qualquer tempo, quando se modificar a situação em que foi cominada a multa*" (STJ, 3.ª T., REsp 705914, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 15.12.2005).

[12] A respeito de tais regras e do controle do poder executivo do juiz, ver a seguir.

Mas não é possível que o juiz, sem qualquer alteração da situação de fato ou resistência do demandado, altere a forma de prestação da tutela, ainda que sob o argumento de que ela não é idônea ou configura a menor restrição possível.

Note-se, porém, que a nova forma de prestação da tutela deve ser a que causa a menor restrição possível, obviamente que dentro daquelas que ainda restam para a efetiva prestação da tutela jurisdicional do direito.

3.7 Conversão da tutela específica em perdas e danos

Afirma o art. 461, em seu § 1.º, que "a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente".

Frise-se que as perdas e danos, ou mais precisamente, a tutela pelo equivalente em dinheiro ao valor do dano ou da prestação inadimplida, não se confunde com o resultado prático equivalente. O resultado prático equivalente presta, ainda que de outra forma, a tutela do direito pretendida pelo autor. Já as perdas e danos constituem tutela distinta da tutela específica.

As perdas e danos, em uma perfeita dogmática, deveriam equivaler apenas ao valor do dano e não ao valor da prestação inadimplida. Não obstante, é comum o uso da expressão perdas e danos para significar o equivalente em dinheiro às duas hipóteses – dano e prestação não cumprida.

O art. 461, § 1.º, certamente faz referência às duas situações. Porém, as duas hipóteses exigem tratamento diferenciando, não se submetendo a uma solução uniforme. Sublinhe-se que tal norma subordina a conversão da tutela específica em perdas e danos a uma de duas ocorrências: i) o requerimento do autor e ii) a impossibilidade da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente.

A possibilidade da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente relaciona-se com a sua realização concreta, ou seja, com a sua execução. Constatada a impossibilidade fática ou concreta da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente, o autor pode pedir a sua conversão em tutela pelo equivalente.

O autor também pode requerer a conversão da tutela específica em perdas e danos quando o réu deixa de cumprir a sentença. Portanto, entenda-se incluído na idéia de "impossibilidade de obtenção" o não cumprimento voluntário do réu.

Contudo, diferente solução têm as hipóteses de dano e inadimplemento no que diz respeito ao mero requerimento do autor. Isto porque, enquanto basta o requerimento do autor – independentemente de qualquer outra coisa – para a conversão da tutela ressarcitória na forma específica em tutela pelo equivalente, não é suficiente o requerimento do autor para a transformação da tutela específica da obrigação inadimplida em tutela pelo equivalente.

A conversão da tutela específica da obrigação inadimplida em tutela pecuniária não é fruto de um "direito livre" ou o simples exercício de uma opção. É certo que o art. 461, § 1.º, do CPC, admite que o autor opte livremente, no caso de tutela de reparação do dano, pelo equivalente monetário. Mas isto somente é possível no caso de tutela ressarcitória, isto é, de tutela de reparação do dano; não na hipótese de tutela do adimplemento da obrigação contratual. A obrigação inadimplida, caso pudesse ser convertida livremente em dinheiro, daria ao credor o poder de transformar a obrigação pactuada, o que violaria flagrantemente o sistema das obrigações e o princípio da autonomia de vontade, tornando legítima a novação unilateral da prestação contratada.

A natureza da prestação contratada não pode ser modificada unilateralmente pelo credor. A tutela específica da obrigação somente pode ser convertida em tutela pecuniária quando o devedor não cumprir a sentença ou quando a tutela específica for faticamente impossível.

4

Controle do Poder Executivo

4.1 Os princípios da adequação e da necessidade

A amplificação do poder jurisdicional não pode deixar de ter uma contrapartida, surgindo como necessária, assim, uma forma adequada de controle do poder de execução. Ora, não há como conceber poder sem controle. O controle do poder de execução do juiz é imprescindível para a própria legitimidade do Poder Judiciário e para a noção de participação adequada das partes no processo.[1]

Como agora não é mais a lei que define os meios de execução e o juiz pode conceder modalidade executiva e forma de prestação da tutela diversas das solicitadas, é imprescindível surgir, a partir do labor da doutrina contemporânea, um novo modelo de controle do poder executivo, muito mais complexo e sofisticado.

Como a concentração dos poderes de execução do juiz exige uma cláusula aberta ao caso concreto, ou seja, uma cláusula que dê ao juiz poder para identificar e fixar a modalidade executiva e a forma de prestação da tutela necessários ao caso concreto, é imprescindível exigir do juiz um uso racional do seu poder conforme as peculiaridades da situação conflitiva.

O controle deste poder executivo apenas pode ser feito mediante uma regra hermenêutica que suponha que há uma cláusula geral legal que deve ser concretizada pelo juiz em face das circunstâncias do caso concreto. Por isso, tal regra hermenêutica, da mesma forma que a cláusula geral executiva, jamais poderá ser definida em abstrato e previamente, pois sempre dependerá da hipótese a ser julgada. Ora, se a regra hermenêutica serve para controlar a concretização de uma cláusula geral, é pouco mais que evidente que ela também somente adquira significado quando toma em consideração as peculiaridades do caso concreto, ou seja, a concretização da cláusula geral.

[1] Luiz Guilherme Marinoni, *O controle do poder executivo do juiz*, p. 583-601.

Não obstante, tal regra hermenêutica funda-se em regras que, em princípio, podem ter o seu conteúdo definido em abstrato. Trata-se de considerar as regras da adequação e da necessidade, sub-regras da regra da proporcionalidade, que, embora não pensadas para resolver problemas concernentes ao poder de execução do juiz, aqui podem ser utilizadas com bastante proveito.

A *adequação* coloca-se no plano dos valores, querendo significar que o meio executivo e a forma de prestação não podem infringir o ordenamento jurídico para proporcionar a tutela. A *necessidade*, por sua vez, tem relação com a efetividade do meio de execução e da forma de prestação, isto é, com a sua capacidade de realizar – na esfera fática – a tutela do direito. É por tal motivo que essa última regra se divide em outras duas: a do *meio idôneo* e a da *menor restrição possível*. O meio de execução e a forma de prestação idôneos são aqueles que têm a capacidade de proporcionar faticamente a tutela. Estes, porém, embora idôneos à prestação da tutela, devem causar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu. Quando o meio de execução e a forma de prestação são idôneos e, ao mesmo tempo, causam a menor restrição possível, eles devem ser considerados os *mais* idôneos ou os *mais* suaves para proporcionar a tutela. Ou seja, o *meio mais idôneo é o meio necessário, resultando da aplicação conjunta do meio idôneo e da menor restrição possível.*

É evidente que o meio executivo e a forma de prestação devem ser adequados e idôneos para a tutela do direito. O problema, na realidade, está na escolha do meio *mais* idôneo, isto é, daquele que, além de adequado (no plano dos valores) e idôneo (efetivo) à tutela jurisdicional, é o menos prejudicial ao réu. Ora, apenas as circunstâncias do caso concreto é que poderão indicar o meio necessário ou mais idôneo, vale dizer, aquele que, sendo bom para o autor, é também o melhor para o réu. São estas circunstâncias que justificam o meio executivo e a forma de prestação da tutela do direito no caso concreto.

4.2 Análise, em abstrato e aproximada, da racionalidade do uso dos meios executivos

É possível fazer uma primeira análise – em nível abstrato – a respeito dos meios executivos, mas é preciso deixar bem claro que essa análise jamais suprirá aquela reservada ao juiz diante do caso concreto. Nessa perspectiva, é possível dizer que determinadas medidas de execução direta, isto é, medidas executivas que prescindem da necessidade de constrangimento da vontade do réu, podem ser mais efetivas do que a multa. Mas isso nem sempre será assim, pois há casos em que a medida de execução direta, ainda que praticada por auxiliar do juízo, implica em grande gasto de dinheiro, enquanto que em outros ela somente pode ser realizada por terceiro, que obviamente deve ser custeado.

Diante do novo contexto em que vive a execução, o uso da multa pode preferir o dos meios de execução direta, pois está totalmente ultrapassada a idéia de que a multa deve ficar reservada aos casos em que a execução direta não pode atuar, ou seja, às

hipóteses de obrigações infungíveis. Não há mais que se pensar em qualquer relação de alternatividade entre execução direta e multa, pois não há nada que possa sustentar o raciocínio de que a multa somente é cabível no caso de obrigação infungível.

Por fim, a prisão não pode ser utilizada na hipótese em que se pretenda um ato que exija dispêndio de patrimônio e, além disto, somente é viável quando a execução direta ou a multa não se mostram idôneas para a tutela jurisdicional. Ou seja, a prisão deve ser vista como a última alternativa para a imposição de ordem judicial imprescindível para a tutela do direito que não requer a disposição de patrimônio.

4.3 O controle do poder executivo na fase de execução

Conforme já dito, o meio executivo pode ser modificado após o trânsito em julgado da sentença, ocasião em que devem ser consideradas as regras do meio idôneo e da menor restrição, sub-regras da *necessidade*, sub-regra da regra da proporcionalidade.

Na fase de execução, a regra da *necessidade* pode ser novamente analisada. Isto, *em geral*, diante do fato de a sentença não ter sido observada pelo réu. O réu, com o não cumprimento da sentença, abre oportunidade para que outro meio executivo seja imposto, uma vez que o fixado na sentença restou inidôneo.

O juiz pode inovar quando o réu não atende à sentença, e, assim, o meio de execução deixa de se configurar, por culpa sua, como meio mais idôneo, muito embora também possa substituí-lo por meio menos gravoso, diante da constatação de que o meio de execução não traduz a menor restrição possível.

Se a sentença é descumprida, o juiz pode substituir a multa pela execução direta ou vice-versa, ou ainda impor a prisão como última alternativa – no caso de ordem que não exija disposição de patrimônio. Em outro caso, pode ser alterado um meio de execução que deva ser substituído por um menos gravoso.

Lembre-se, ainda, que o juiz pode, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6.º, do CPC). Ou seja, nada impede que o juiz conclua que o valor e a periodicidade da multa – que já devem ter observado as regras do meio idôneo e da menor restrição no momento em que a multa foi fixada na sentença – sejam modificados na fase de execução.

De lado, os meios de execução propriamente ditos, cabe esclarecer que a forma de prestação da tutela apenas pode ser alterada quando a sentença não é cumprida ou surgem fatos novos. A forma de prestação da tutela submete-se à coisa julgada material, não podendo ser modificada apenas porque reputada, na fase de execução, inidônea ou violadora da regra da menor restrição.

4.4 A importância da justificativa para o controle do poder executivo

Nessa linha, a única forma de se controlar o exercício do poder é por meio da análise da justificação. Se o juiz pode determinar a modalidade executiva e a forma

de prestação da tutela do caso concreto, cabe-lhe obviamente justificar o meio e a forma que lhe parecerem as mais idôneas.

Como o poder executivo não é mais delimitado pelo princípio da tipicidade e pela regra da adstrição e pode ser exercido de forma bastante intensa após o trânsito em julgado da sentença, o juiz deve explicar as razões que o levaram a admitir – ainda que em contrariedade ao pedido ou após o trânsito em julgado da sentença – o meio de execução ou a forma de tutela. Ou seja, o juiz deve justificar, por exemplo, a razão pela qual a multa deve preferir à execução direta ou vice-versa, assim como o motivo pelo qual a instalação do filtro deve preferir à cessação das atividades da fábrica ré ou vice-versa.

É preciso frisar que as regras para o controle da racionalidade da decisão judicial, como a do meio idôneo e da menor restrição, não teriam qualquer importância se não fosse a necessidade de o juiz demonstrar a sua perfeita adoção na justificativa da sua decisão.

A justificativa permite controle crítico sobre o poder do juiz. O equívoco, revelado pela justificativa, é que evidenciará a ilegitimidade do meio executivo e da forma de tutela. Sem a justificativa, a legitimidade do exercício do poder de execução ficaria comprometida e não seria possível concretizar o direito constitucional das partes participarem adequadamente do processo.

Na justificativa, o juiz deve dizer a razão pela qual preferiu uma modalidade de execução e não outra. A opção judicial somente pode ser aceita se configura o meio *mais* idôneo, concretizando o meio idôneo e o menos restritivo ao réu.

As regras do meio idôneo e da menor restrição possível, embora façam parte do raciocínio decisório, pois viabilizam a decisão, obviamente não podem ser ignoradas quando da justificativa. Até porque não servem apenas para facilitar a decisão, mas também para justificar a sua racionalidade, permitindo o seu controle pelas partes.

A ampliação do poder de execução do juiz, ocorrida para dar maior efetividade à tutela dos direitos, possui, como contrapartida, a necessidade de que o controle da atividade executiva seja feita pelas regras antes mencionadas e pelo seu indispensável complemento, a justificação judicial. Em outros termos: pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por conseqüência, a justificação das suas escolhas. Nesse sentido pode-se dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.

O crescimento do poder executivo do juiz e a necessidade de outros critérios de controle da decisão judicial nada mais são do que conseqüências das novas situações de direito substancial e da tomada de consciência de que o Estado tem o dever de dar proteção efetiva aos direitos.[2]

[2] Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p. 232 e ss.

5

Defesa do Executado

5.1 Os recursos no controle do poder executivo

Como o meio executivo e a forma de tutela do direito são fixados na sentença, o réu deve impugnar a sua utilização mediante a interposição de recurso de apelação (art. 513 do CPC). No caso de recurso recebido no efeito devolutivo, poderá pedir ao tribunal ao qual a apelação é dirigida – enquanto esta estiver sendo processada em 1.º grau de jurisdição – ou ao relator do recurso que impeçam a aplicação da modalidade executiva ou da forma de tutela enquanto não julgado o recurso pela Turma ou Câmara.

Lembre-se que o art. 558 do CPC, diz expressamente que o relator do recurso de apelação pode "suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara".

No caso de alteração do meio de execução ou da forma de tutela na fase de execução, ou mesmo de decisão que nega a necessidade da alteração de uma ou outra, cabe agravo de instrumento (art. 522 do CPC), com a possibilidade de se requerer ao relator, para a primeira hipótese, efeito suspensivo (art. 558, *caput*, do CPC), e, para o segundo caso, a antecipação da pretensão recursal, sempre em conformidade com o art. 527, III, do CPC.

5.2 A defesa em primeiro grau de jurisdição

Porém, as defesas substantivas supervenientes à sentença executável devem ser apresentadas ao juiz de primeiro grau de jurisdição e não diretamente ao tribunal. Por tal razão, não há como se eliminar a possibilidade de o réu apresentar defesa, ao juiz de primeiro grau, na fase de execução.[1]

[1] Antes da Lei 11.232/2005, isto é, da supressão da necessidade de ação para a execução da sentença que condena a pagar quantia certa e dos embargos do executado a ela correspondem-

Imagine-se, por exemplo, a ocorrência de adimplemento. Nesse caso, como é óbvio, o réu poderá defender-se alegando o adimplemento da prestação de fazer que esteja sendo executada.

Na verdade, diante da ausência de procedimento definido pelo legislador, a defesa do réu, no caso de sentença que reconhece obrigação de não fazer ou de fazer, deve observar, no que for aplicável, as normas que tratam da impugnação à execução da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia.

Podem ser invocadas, assim, as normas dos arts. 475-L e 475-M do CPC, suspendendo-se a execução quando relevante o fundamento da defesa e presente fundado receio de dano grave. Mas, deferido efeito suspensivo, poderá o exeqüente, prestando caução suficiente e idônea, requerer o prosseguimento da execução (art. 475-M, § 1.º, do CPC).

É claro que o exeqüente, diante do seu direito constitucional ao contraditório, deverá ter prazo adequado para responder à defesa do executado, terminando o juiz por decidir pela sentença ou pela decisão interlocutória, conforme coloque ou não fim à fase de execução, cabendo, no primeiro caso, apelação e, no segundo, agravo de instrumento (art. 475-M, § 3.º, do CPC).

---

tes, o STJ já havia demonstrado o descabimento de embargos do executado e a possibilidade do exercício da defesa mediante petição simples ou da via recursal ordinária, diante da sentença que impõe obrigação de fazer. "Processo civil. Cumprimento de obrigação de fazer. Sentença executiva *lato sensu* (CPC, art. 461). Descabimento de embargos à execução. Defesa por simples petição, atendidos os limites do art. 741 do CPC. 1. Os embargos do devedor constituem instrumento processual típico de oposição à execução forçada promovida por ação autônoma (CPC, art. 736 do CPC). Sendo assim, só cabem embargos de devedor nas ações de execução processadas na forma disciplinada no Livro II do Código de Processo. 2. No atual regime do CPC, em se tratando de obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são executivas *lato sensu*, a significar que o seu cumprimento se opera na própria relação processual original, nos termos dos arts. 461 e 461-A do CPC. Afasta-se, nesses casos, o cabimento de ação autônoma de execução, bem como, conseqüentemente, de oposição do devedor por ação de embargos. 3. Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender em face de atos executivos ilegítimos, o que importaria ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5.º, LV). Ao contrário de negar o direito de defesa, o atual sistema o facilita: ocorrendo impropriedades ou excessos na prática dos atos executivos previstos no art. 461 do CPC, a defesa do devedor se fará por simples petição, no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva, ou pela via recursal ordinária, se for o caso. 4. A matéria suscetível de invocação pelo devedor submetido ao cumprimento de sentença em obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa tem seus limites estabelecidos no art. 741 do CPC, cuja aplicação subsidiária é imposta pelo art. 644 do CPC. 5. Tendo o devedor ajuizado embargos à execução, ao invés de se defender por simples petição, cumpre ao juiz, atendendo aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, promover o aproveitamento desse ato, autuando, processando e decidindo o pedido como incidente, nos próprios autos. 6. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, 1.ª T., REsp 738424, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 20.02.2006).

PARTE III

A SENTENÇA QUE RECONHECE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR DECLARAÇÃO DE VONTADE

1

Tutela Específica da Obrigação de Prestar Declaração de Vontade

A obrigação de prestar declaração de vontade pode decorrer de negócio jurídico ou de qualquer ato ou fato de que alguma regra legal retire tal efeito.[1] Assim, por exemplo, referida obrigação pode ter base em contrato preliminar, como o compromisso de compra e venda de imóvel, ou pode encontrar fundamento na norma do art. 319 do Código Civil, o qual diz que "o devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada".

A obrigação de prestar declaração de vontade é gênero, do qual é espécie a obrigação de celebrar contrato definitivo. Frise-se, aliás, que a Lei 11.232/2005, ao inserir os arts. 466-A, 466-B e 466-C no Código de Processo Civil, alterou a ordem em que tais regras estavam expostas, colocando em primeiro lugar a norma que fala em *emitir declaração de vontade* – atual art. 466-A e antigo art. 641 – e, logo depois, as normas que tratam de obrigação de *concluir contrato*, que anteriormente vinham antes do art. 641 (arts. 639 e 640) e agora constituem os arts. 466-B e 466-C.

A obrigação de prestar declaração de vontade é, materialmente, uma obrigação infungível, na medida em que não pode ser prestada por qualquer outra pessoa que não o seu devedor. Por esta razão, é natural que recaia sobre ela o problema posto pelos princípios da liberdade e da autonomia da vontade, próprios ao jusracionalismo iluminista.

Na época do Estado liberal, como é sabido, não era admissível constranger a vontade do demandado para obrigá-lo a cumprir o contrato, alegando-se que isto violaria a liberdade do devedor. A sanção pelo descumprimento da prestação jamais poderia dar origem a uma tutela na forma específica, que obrigasse o devedor a prestar contra a sua vontade, mas apenas a uma sanção negativa, isto é, a tutela pelo equivalente ao valor da obrigação inadimplida.

Acontece que a função social dos pré-contratos e a reconfiguração da idéia de autonomia da vontade mostraram que era muito mais importante garantir a tutela

[1] José Carlos Barbosa Moreira, Aspectos da "execução" em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade, *Temas de direito processual*, p. 235 e ss.

específica da obrigação de prestar declaração de vontade do que tutelar a parte mediante ressarcimento em pecúnia.

Como advertiu Liebman, citando Chiovenda, "o respeito à vontade individual não pode ser tão absoluto a ponto de impedir a produção do efeito jurídico que a declaração de vontade produziria, quando existe obrigação anterior de emitir essa declaração e o obrigado se recusa a cumpri-la".[2]

Como a prestação de declaração de vontade não exige uma atividade material do devedor, mas um resultado ou um efeito que pode ser substituído pelo ato sentencial, contornou-se a infungibilidade da prestação devida. É que, embora tal prestação apenas possa ser cumprida pelo devedor, e não por um terceiro, percebeu-se que o efeito jurídico da declaração inadimplida poderia ser produzido pela sentença.

De modo que, quando aquele que se compromete a concluir um contrato não satisfaz a sua obrigação, o credor poderá requerer tutela específica do cumprimento do contrato, a qual será concedida por sentença (técnica processual) que produzirá o mesmo efeito do contrato que deveria haver sido firmado (art. 466-B do CPC).[3]

No mesmo sentido, há direito à tutela específica da obrigação de prestar a declaração de vontade, a qual deve ser realizada através de sentença que igualmente produz os efeitos que seriam conseqüentes do ato inadimplido (art. 466-A do CPC).

[2] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, p. 171.

[3] Não obstante, o STJ já admitiu – a nosso ver, equivocadamente – a utilização da ação cominatória, isto é, da coerção patrimonial (multa), para obrigar o promitente-vendedor a outorgar escritura definitiva: "Promessa de compra e venda. Ação cominatória. Outorga de escrituras definitivas. Possibilidade jurídica do pedido. O pedido cominatório de outorga de escritura definitiva é juridicamente possível" (STJ, 3.ª T., REsp 241981, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 06.12.2004).

2

A Configuração da Sentença que Presta a Tutela Específica

Note-se que a sentença que concede a tutela específica da obrigação de prestar declaração de vontade, embora fundada no adimplemento da obrigação, não exige atos ulteriores de execução voltados à realização da prestação inadimplida.

Da sentença não decorre qualquer atividade executiva ulterior ou dirigida a forçar o réu a cumprir. A sentença não atua sobre a vontade do devedor, como acontece com a sentença que ordena, sob pena de multa, um não fazer ou um fazer, por exemplo.

Quando se almeja tutela da obrigação de prestar declaração de vontade não se quer uma atividade material devida pelo réu, mas o efeito jurídico que resultaria do cumprimento da prestação.

A sentença, segundo afirmam os arts. 466-A e 466-B do Código de Processo Civil, produz os efeitos da declaração inadimplida ou do contrato que deveria ter sido firmado.

De modo que a sentença que reconhece obrigação de prestar declaração de vontade, ao invés de necessitar de atos de execução ulteriores, como as que, por exemplo, reconhecem obrigação de fazer e obrigação de entregar coisa, contém execução, realizando, por si mesma, os efeitos da prestação inadimplida.

Esclareça-se que a sentença, por si, produz os efeitos do ato omitido, sem que seja necessário intimar o devedor e aguardar o seu cumprimento voluntário.

3

Natureza da Sentença que Presta a Tutela Específica da Obrigação de Prestar Declaração de Vontade

Reafirme-se a distinção entre sentença e tutela. A sentença de procedência não se confunde com a tutela específica da obrigação de prestar declaração de vontade. As sentenças e os meios de execução, como visto, constituem técnicas processuais destinadas a viabilizar a prestação da tutela jurisdicional do direito. Mas qual é a natureza da sentença que presta a tutela específica da obrigação de prestar declaração de vontade?[1]

Deixe-se claro que a tutela da obrigação de prestar declaração de vontade é, antes de mais nada, uma tutela de uma obrigação inadimplida, e, assim, a ação que a veicula almeja o cumprimento de uma prestação. Qualquer tutela que, para ser efetivamente prestada, exige o cumprimento de prestação, obviamente não pode ser declaratória ou constitutiva.

A tutela declaratória elimina uma situação de incerteza, afirmando a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica. A tutela constitutiva, por sua vez, pressupõe um direito potestativo – também denominado de direito formativo –, cuja característica é exatamente a de não depender do cumprimento de uma prestação por parte do obrigado.

Diante do direito potestativo, o obrigado não deve qualquer prestação, pois apenas se submete à vontade do titular do direito, como acontece, por exemplo, quando se pensa no direito de a parte colocar fim ao contrato, exercendo a sua denúncia.

A sentença constitutiva produz um duplo efeito. Um primeiro, de natureza declaratória, sobre a existência do direito potestativo à modificação jurídica e, um segundo, propriamente constitutivo, de operar tal modificação na esfera jurídico-patrimonial das partes.[2]

[1] Modificamos o pensamento que expusemos no livro *Técnica processual e tutela dos direitos* acerca da natureza desta sentença.

[2] Ferruccio Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, p. 262.

Mesmo assim, um dos maiores processualistas do século XX, o notável Giuseppe Chiovenda, atribuiu natureza constitutiva à sentença que produz o efeito do contrato não cumprido.[3] E, curiosamente, após ter observado que a sentença constitutiva depende de um direito potestativo e que as prestações devem ser buscadas através da ação condenatória. Na verdade, como Chiovenda trabalhava apenas com as sentenças declaratória, constitutiva e condenatória, ele somente poderia escolher entre as sentenças constitutiva e condenatória.

Como a sentença condenatória, na classificação chiovendiana, apenas abre oportunidade para a prática dos atos de execução vocacionados à realização da prestação, sendo incapaz de realizar, por si só, a prestação inadimplida, não havia como conceber a sentença que presta a tutela da obrigação da prestação de vontade como condenatória, uma vez que tal sentença não exige a prática de atos ulteriores de execução.

A melhor saída – ou a saída menos incômoda – na linha do raciocínio chiovendiano, somente poderia ser a de atribuir natureza constitutiva à sentença, como se ela constituísse uma situação jurídica, e não simplesmente realizasse uma prestação.

A outra alternativa, a de conferir natureza condenatória à sentença, embora se mostrasse compatível com a existência de uma prestação a cumprir, necessariamente teria que negar o conceito doutrinário de condenação, o qual se caracteriza por impor a sanção executiva, abrindo oportunidade à execução.

Para se fugir do problema, o conceito de sentença condenatória teria que ser mutilado, para passar a admitir a idéia de que a própria sentença pode executar ou realizar a prestação incumprida. Aliás, cabe advertir que Liebman, exatamente porque frisou o conceito clássico de condenação, foi obrigado a concluir que tal sentença, embora condenatória, tem uma peculiaridade por produzir um efeito secundário, que nada mais seria do que o efeito que a declaração omitida deveria produzir. De qualquer forma, Liebman não admitiu que a sentença conteria ato de execução, afirmando nela faltar "o ato que se quer qualificar de executório".[4] Como é óbvio, tal conclusão de Liebman se fundava na sua própria concepção de execução ou de ato executório. Tanto é assim que, logo após dizer que não via ato de execução na sentença, argumentou que "processo de execução é, ao contrário, a atividade necessária para realizar praticamente os efeitos do ato: citação do devedor, assinação do prazo para cumprir a condenação e, na falta, expedição do mandado para inscrição de sentença em registro público, quando for o caso".[5]

Ao se entender que a execução é a atividade para realizar os efeitos do ato, certamente não há como admitir a existência de execução na sentença que presta a

[3] Giuseppe Chiovenda, Dell'azione nascente dal contratto preliminare, *Saggi di diritto processuale civile*, 1930, p. 101 e ss.

[4] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 171-173.

[5] Idem, p. 173.

tutela específica da obrigação de prestar declaração de vontade, uma vez que aí é o próprio ato ou a sentença que produz os efeitos da prestação incumprida, inexistindo qualquer "atividade".

É indiscutível que tal sentença não é dependente de atividade ulterior do demandado ou da própria jurisdição, como acontece com a sentença que depende do cumprimento de fazer, de não fazer, da entrega de coisa ou do pagamento de quantia. Não obstante, aquela sentença, ao produzir efeitos, realiza o direito à tutela da obrigação inadimplida.

Ora, a sentença que presta uma tutela que depende de prestação obviamente não é declaratória, constitutiva ou condenatória, mas executiva,[6] representando um ato de execução ou de realização de um direito dependente de prestação.

[6] Neste sentido Teori Albino Zavascki, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 463; Daniel Mitidiero, Comentários aos arts. 466-A, 466-B e 466-C do CPC, *A nova execução* (coordenada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), p. 17-18; Araken de Assis, *Cumprimento da sentença*, p. 82; Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 7 e ss.

4

O Equívoco de Subordinar os Efeitos da Sentença ao seu Trânsito em Julgado

Diz o art. 466-A do CPC que, "condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, *uma vez transitada em julgado*, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida".

Arrede-se, em primeiro lugar, a falsa impressão causada pelo início da norma: "*condenado* o devedor". Como já foi demonstrando, a sentença que produz os efeitos jurídicos que da prestação decorreriam, satisfazendo o credor, nada tem de condenatória.

O que importa, neste momento, é a afirmação da norma no sentido de que a sentença somente produz efeitos depois de transitada em julgado. A doutrina, por muitos anos, confundiu eficácia da sentença com coisa julgada material, entendendo que apenas a sentença acobertada pela coisa julgada poderia produzir efeitos. Após algum tempo, admitiu-se que apenas a sentença condenatória, por ser a única sentença dependente de execução, poderia gerar efeitos na pendência do recurso ou enquanto não finalizado o processo, sem se conceber isto em relação às sentenças declaratória e constitutiva. A norma do art. 466-A, cópia da antiga norma do art. 641, apenas pode ser um resquício da época em que os efeitos da sentença eram subordinados à coisa julgada material. Não há qualquer razão para tal vinculação.

Liebman, no livro *Efficacia ed autorità della sentenza*[1] e no ensaio *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata* – publicado na *Rivista di diritto processuale civile* – demonstrou claramente que a sentença de 1.º grau pode produzir efeitos na pendência do recurso, argumentando não existir qualquer "razão lógica que obrigue a colocar a coisa julgada em correlação particular com a função declaratória da sentença. Se se distinguirem os efeitos desta, segundo a lição comum, em declaratórios, constitutivos e executórios, *concebe-se cada um deles também sem aquela definitividade especial ou indiscutibilidade em que consiste a autoridade da coisa julgada*; e, vice-versa, surge para todos, igualmente, em certo momento, a exigência prática e política da sua imutabilidade, da sua duração ou permanência no tempo. Não se pode, por exemplo, duvidar, quanto ao efeito executivo, de que ele é admissível independentemente da autoridade da coisa

[1] Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 19-20.

julgada, pois o atribui a lei também à sentença não passada em julgado e até a atos administrativos ou privados, por certo não suscetíveis de adquirir essa autoridade; e o mesmo se pode dizer, quanto ao efeito constitutivo, por sua natureza, idêntico aos efeitos de um negócio jurídico".[2]

A coisa julgada material nada tem a ver com os efeitos da sentença. Os efeitos dimanam da sentença independentemente do seu trânsito em julgado. O verdadeiro problema não está em saber se a sentença pode produzir efeitos antes da formação da coisa julgada material, mas em verificar se os efeitos da sentença tem utilidade prática ou podem ser produzidos, diante da peculiaridade da situação de direito material em litígio, antes do trânsito em julgado.

Se, no curso do processo, a declaração não tem efetividade, a constituição pode tê-la quando se projetar sobre a esfera jurídica do demandado independentemente da sua vontade. É que não basta simplesmente declarar ou constituir para obrigar o demandado a respeitar a declaração e a constituição.

Note-se, por outro lado, que o mesmo não ocorre com o efeito executivo. Quando se utiliza um meio de execução para que o direito seja realizado independentemente da vontade do réu ou para constrangê-lo a observar a sentença recorrida, é evidente que o efeito da sentença – ainda que recorrida e, portanto, mutável – tem razão de ser.

O efeito executivo da sentença que concede a tutela da obrigação de prestar declaração de vontade, como visto, guarda especificidade, pois realiza a prestação sem precisar do auxílio de atividade executiva ulterior. Ou seja, nesta situação não há necessidade de atividade executiva ulterior para que os efeitos da sentença sejam realizados.

Porém, não há simples produção de efeitos constitutivos ou uma constituição provisória – a qual seria incapaz de realizar a prestação e, assim, de se impor sobre o demandado. Neste caso, a sentença, ao produzir efeitos, substitui a declaração de vontade inadimplida, concedendo a tutela jurisdicional do direito independentemente da vontade do devedor.

De modo que, no caso de recurso especial ou recurso extraordinário – os quais são recebidos apenas no efeito devolutivo (art. 542, § 2.º, do CPC) –[3] a sentença ou o acórdão que prestou a tutela pode produzir efeitos concretos e úteis de forma imediata, pois não equivale a uma constituição provisória, mas à realização da prestação de declaração de vontade.[4]

[2] Enrico Tullio Liebman, Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 238-239.

[3] Ver *Processo de conhecimento*, Parte III, item 2.10 (*Curso de processo civil*, v. 2).

[4] É oportuno frisar que o STJ já admitiu tutela antecipatória em ação voltada à obtenção de outorga de escritura definitiva. "Processual civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Outorga de escritura definitiva de imóvel. Antecipação dos efeitos de tutela. Natureza do provimento antecipado. Perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada. Juízo de probabilidade. Tutela específica. Requisitos. Arts. 273 e 461 do CPC. O provimento antecipado, consistente na outorga de escritura definitiva do imóvel não é de natureza irreversível. Quando o § 2.º do art. 273 do Código de Processo Civil alude à irreversibilidade, ele se refere aos efeitos da tutela antecipada, não ao provimento final em si, pois o objeto de antecipação não é o próprio provimento jurisdicional, mas os efeitos desse provimento. O perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da antecipação dos efeitos da tutela, deve ser entendido *cum grano salis*, pois, não sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória, não poderia nenhuma sentença ser executada de forma definitiva, dada a impossibilidade de sua desconstituição. É sob a ótica de probabilidade de êxito do autor quanto ao provimento jurisdicional definitivo que o julgador deve conceder ou não a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Em se tratando de tutela específica que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, prevista no art. 461 do CPC, a lei processual não exige, para a concessão da tutela liminar, os requisitos expressamente previstos no art. 273. Basta, segundo prescreve o § 3.º do art. 461, que o fundamento da demanda seja relevante e haja justificado receio de ineficácia do provimento final. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3.ª T., REsp 737047, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 13.03.2006). Nesse julgado, o STJ cometeu equívoco ao admitir o uso de ação para o cumprimento de *obrigação de fazer*, em conformidade com o art. 461 do CPC, quando a obrigação era de prestar *declaração de vontade* e, assim, deveria exigir sentença e modalidade executiva diversas daquelas que servem à imposição de *obrigação de fazer*. Contudo, a sua importância está em ter admitido antecipação da tutela em hipótese na qual se almejou outorga de escritura definitiva, afirmando, inclusive, que o *provimento antecipado*, no caso, *não tinha natureza irreversível*.

Não obstante, ainda que teoricamente demonstrado o equívoco em vincular a produção de efeitos da sentença à coisa julgada material, seria possível dizer que a norma do art. 466-A, de forma equivocada ou não, fez tal opção, que assim deve ser respeitada.

Acontece que a área livre ou de opção do legislador encontra limite nos direitos fundamentais processuais. O direito fundamental à duração razoável do processo incide sobre o legislador, obrigando-o a traçar técnicas processuais que permitam o encontro da tutela jurisdicional em prazo razoável. A idéia de prazo razoável traz em si a lógica da distribuição do tempo do prazo, visto então como um ônus que, não podendo recair unicamente sobre o autor, deve ser repartido entre as partes. Tal repartição é feita pelo legislador especialmente através das técnicas da antecipação da tutela e da execução da sentença na pendência do recurso – ou da atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Ora, quando o legislador define, de forma generalizada e para todas as situações concretas, que o recurso especial e o recurso extraordinário não têm efeito suspensivo, ele quer dizer que todas as sentenças podem trazer resultados úteis na pendência destes recursos.

De forma que a subordinação dos efeitos ao trânsito em julgado, realizada pelo art. 466-A, só teria cabimento se partisse da equivocada premissa de que a sentença que concede a tutela específica da obrigação de prestar declaração de vontade produz

efeitos que não guardam força para se sobreporem ao réu enquanto não produzida a coisa julgada material.

Como tal premissa é absurda, haja vista que a sentença que presta a tutela da obrigação de declarar vontade é tão efetiva quanto a que presta a tutela da obrigação de fazer infungível – por exemplo – a única saída para conservar o texto do art. 466-A à luz dos direitos fundamentais – à duração razoável, à efetividade da tutela jurisdicional e à igualdade – é conferir-lhe uma interpretação que, ao relacionar a sentença à produção dos efeitos da declaração não emitida, não os subordine ao trânsito em julgado, mas ao momento em que, nos termos do ordenamento processual brasileiro, a sentença passa a produzir efeitos.

5

Requisitos para se Poder Obter Sentença que Produza os Efeitos do Contrato Não Cumprido

Afirma o art. 466-B do Código de Processo Civil que, "se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, *sendo isso possível e não excluído pelo título*, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado".

Como se vê, para que a parte possa obter sentença que produza os efeitos do contrato i) isso deve ser possível e ii) não excluído pelo título.

Interessam, neste particular, os arts. 463 e 464 do Código Civil. O primeiro diz que a parte tem o direito de exigir a celebração do contrato definitivo quando não constar *cláusula de arrependimento* no contrato preliminar. E o segundo afirma que a parte apenas pode exigir sentença que produza os efeitos do contrato não cumprido quando a isto não "*se opuser a natureza da obrigação*".

A existência de cláusula de arrependimento exclui a possibilidade de se exigir sentença capaz de produzir os efeitos do contrato não cumprido. A cláusula de arrependimento é algo que, constante no contrato preliminar, exclui a possibilidade de se exigir tutela específica da obrigação de prestar declaração de vontade. É claro que, além da cláusula de arrependimento, pode constar do título cláusula que apenas elimine a possibilidade de se pedir tal espécie de tutela específica.

É certo que a possibilidade de obtenção da tutela (o "sendo isso possível" do art. 466-B do CPC) e a compatibilidade com a natureza da obrigação devida (o não "se opuser a natureza da obrigação" do art. 464 do CC) devem ser apreciadas no caso concreto, mas não é inviável constatar que alguém que se compromete a casar, por exemplo, não pode ser submetido a uma ação que desemboque em uma sentença que produza os efeitos da vontade omitida.

Em alguns casos, para que o credor possa obter sentença que produza os efeitos do contrato não celebrado, cabe-lhe realizar contraprestação. Diz o art. 466-C do Código de Processo Civil que, "tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer,

nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível". Nestes casos, se a prestação do credor for exigível, a sentença de procedência estará condicionada ao seu cumprimento. Nesta hipótese, não há como se pensar em admitir a prolação da sentença de procedência, imaginando-se que a contraprestação é requisito apenas da sua execução. É que, como já deve ter se tornado evidente, esta sentença não se separa do momento da sua execução, uma vez que produz os efeitos do ato incumprido, substituindo a prestação inadimplida ou a vontade omitida.

6

A Sentença de Procedência e o Surgimento de Novas Obrigações

Da sentença que produz os efeitos da declaração inadimplida podem decorrer novas obrigações ao demandado, como as de entregar coisa ou de fazer. Não obstante, embora possa ser visível que do contrato omitido decorra uma obrigação, isto não autoriza a se exigir o cumprimento desta obrigação, que seria derivada da conclusão do contrato, com base na sentença que produziu o efeito deste contrato.

É que a sentença de procedência não prestou tutela da obrigação derivada da obrigação de prestar declaração de vontade. Isto não quer dizer que, ao lado do pedido de tutela específica da obrigação de prestar declaração de vontade, não possa o credor cumular pedido de tutela da obrigação que surgiria caso o contrato houvesse sido celebrado.

Neste caso, a procedência do pedido de tutela da obrigação de entregar coisa – por exemplo – dependerá da procedência do pedido de tutela da obrigação de prestar declaração de vontade. É que, como é intuitivo, o réu somente pode ser considerado obrigado a entregar a coisa e, por conseqüência, o autor se imitir na sua posse – em atendimento ao pedido cumulado – se a sentença produzir os efeitos do contrato omitido – o qual, obviamente, deveria dar à parte o direito de se imitir na posse da coisa.

Parte IV

A SENTENÇA QUE RECONHECE OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA

1

A "Ação que Tem por Objeto a Entrega de Coisa" (Art. 461-A do CPC) e as Tutelas dos Direitos

Lembre-se que as tutelas que não podem ser prestadas apenas pela sentença, por necessitarem de atividade executiva ulterior, são prestadas, em parte, mediante a sentença do art. 475-N, I, do Código de Processo Civil, que alude a "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, *entregar coisa* ou pagar quantia".

A sentença que reconhece a existência de obrigação de entregar coisa presta a tutela do direito material *em parte* exatamente porque necessita de execução para que a tutela do direito possa ser integralmente prestada.

Como diz o *caput* do art. 475-I, "o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo". A norma que trata das formas e meios executivos destinados a permitir a execução da sentença que reconhece a existência de obrigação de entregar coisa está vazada no art. 461-A do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: "Na ação que tenha *por objeto a entrega de coisa*, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1.º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2.º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3.º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1.º a 6.º do art. 461".

O art. 461-A, em seu *caput*, alude a "ação que tenha por objeto a entrega de coisa", a qual pode culminar na sentença que reconhece a existência de obrigação de entregar coisa (art. 475-N, I), que deve ser executada, conforme reza o art. 475-I, em conformidade com o art. 461, ou melhor, com base nos seus parágrafos.

A tutela do direito, porém, jamais será de entregar coisa, mas, no máximo, do adimplemento da obrigação de entregar a coisa. A tutela do direito almeja, em termos amplos, permitir a obtenção ou a recuperação da coisa.

Mas a obtenção da coisa pode se dar através da tutela de imissão na posse da coisa ou da tutela do adimplemento da obrigação de entregar a coisa. Como será visto ao seu tempo, a tutela de imissão na posse se funda em direito real e a tutela do adimplemento da obrigação de entregar a coisa em contrato.

Enquanto isto a tutela de recuperação da coisa pode ser uma conseqüência da desconstituição do contrato ou estar fundada na posse ou na propriedade do autor da demanda.

Ademais, a ação, embora fundada em responsabilidade pelo dano (ressarcitória), pode objetivar coisa, uma vez que o dano também pode ser ressarcido mediante coisa equivalente à destruída.

É ilusório ou mesmo equivocado supor que o art. 461-A se refere apenas à ação que objetiva a "entrega de coisa", pois desta forma se poderia pensar que tal artigo somente admite ação dirigida contra o devedor de obrigação contratual de entrega de coisa, quando então estariam excluídas: i) a tutela de imissão na posse; ii) a tutela de restituição de coisa dependente de desconstituição de contrato; iii) a tutela de recuperação da coisa fundada na posse; e iv) a tutela de recuperação da coisa fundada na propriedade.

Tal artigo, ao aludir à entrega de coisa, quer se referir a um meio destinado a viabilizar uma série de tutelas dos direitos que exigem uma situação final em que a coisa esteja com o autor.

Mas, para que a tutela do direito material seja alcançada, é necessária a predisposição de meios de execução adequados, quando importam, especialmente, as normas dos §§ 2.º e 3.º do art. 461-A, antes referidas.

2

Tutela Específica e Meios Executivos

Segundo o art. 461-A, § 2.º, "não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel".

Isto quer dizer que, para a tutela específica das coisas móveis e imóveis, são previstos, respectivamente, os meios executivos da busca e apreensão e da imissão na posse.

Tais modalidades executivas sempre foram utilizadas para a obtenção da tutela específica, estando em jogo direitos reais ou direitos obrigacionais. De modo que a maior novidade inserida no art. 461-A advém do seu § 3.º, que diz ser aplicável à ação do art. 461-A "o disposto nos §§ 1.º a 6.º do art. 461". Essa norma, ao fazer aplicável à ação do art. 461-A os parágrafos do art. 461, abre oportunidade para o uso da multa, assim como, em tese e em princípio, de qualquer modalidade executiva que se mostrar necessária em face do caso concreto, consoante expressas previsões destinadas a viabilizar a tutela específica diante das sentenças que reconhecem obrigações de fazer e de não fazer.

No caso de coisa móvel, a ciência da sua localização é vital para o oficial de justiça realizar a busca e apreensão. Por outro lado, ainda que tal local seja conhecido, é possível que o demandado dificulte o acesso à coisa, ou a esconda, ou mesmo se negue a fornecer ao oficial de justiça dados ou códigos imprescindíveis para o seu desmonte e transporte.

Nesses casos, é possível, há muito tempo, utilizar a multa como instrumento acessório à efetivação da busca e apreensão. Aliás, o art. 842, § 1.º, do Código de Processo Civil, sempre autorizou o oficial de justiça a arrombar as portas de acesso quando houver resistência do executado à efetivação da busca e apreensão.

A novidade está no fato de que agora a multa pode ser utilizada para obrigar o executado a entregar a coisa, independentemente da utilização da busca e apreensão. A multa, na qualidade de meio de execução, evidentemente não é dependente de obstáculos para a efetivação da busca e apreensão, que é outra modalidade de execução. No atual contexto em que vivem as formas de execução, diante da transformação da realidade social e econômica, a multa, ainda que voltada apenas a convencer ao adimplemento, pode preferir aos meios de execução que permitem a tutela do direito

sem se preocupar com a vontade do demandado, como acontece exatamente com a busca e apreensão.

A multa é mais econômica que a busca e apreensão, pois não faz com que o exeqüente tenha que despender dinheiro para ter o seu direito tutelado. Por isso também é mais racional e justa, uma vez que não há sentido em obrigar a parte – cujo direito foi declarado – a pagar para que a decisão estatal possa produzir resultados concretos diante da parte que foi por ela reconhecida "sem razão".

Lembre-se, ademais, que o § 5.º do art. 461 afirma que o juiz poderá determinar as medidas executivas necessárias, "tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, *se necessário com requisição de força policial*". O juiz pode requisitar força policial para viabilizar o cumprimento dos mandados de imissão na posse e de busca e apreensão, isto quando houver obstáculo para o cumprimento de um ou de outro, revelado pela resistência do demandado, e contornável com o auxílio da polícia. A força policial, como é óbvio, não é um meio de execução, mas uma via auxiliar ao meio executivo.

Com o emprego da multa, vista como meio de execução capaz de pressionar o demandado ao adimplemento, e da requisição de força policial, necessária para permitir a efetividade da busca e apreensão e da imissão na posse em casos de resistências contornáveis, objetiva-se garantir a tutela específica ao titular do direito material, evitando-se a sua degradação em pecúnia.

3

As Diversas Tutelas dos Direitos Prestadas a Partir da Sentença que Reconhece a "Existência da Obrigação de Entregar Coisa" e os Meios de Execução a Elas Adequados

3.1 A tutela do adimplemento da obrigação contratual de entregar coisa

É oportuno iniciar o tratamento das tutelas dos direitos que se satisfazem com uma coisa com a mais óbvia de todas elas: a tutela do adimplemento da obrigação contratual de entregar coisa.

Neste caso, pretende-se, através da ação, obter a prestação obrigacional de entregar coisa devida pelo réu.

Para a aquisição da propriedade da coisa móvel não é preciso registro em Cartório, mas apenas a tradição. Ou seja, o direito real se configura com o registro imobiliário para as coisas imóveis e com a tradição para as coisas móveis.

Quando é preciso o registro da escritura pública de compra e venda em Cartório, a configuração do direito real é, por assim dizer, uma "conseqüência natural" da celebração da escritura. Ocorrendo inadimplemento da obrigação de outorgar escritura pública de compra e venda, há de se propor ação com o objetivo de obter tutela específica da obrigação *de prestar declaração de vontade*, quando a sentença – no caso de procedência – produzirá o mesmo efeito do contrato de compra e venda que deveria ter sido espontaneamente firmado (art. 466-B do CPC).[1]

[1] Como visto na Parte III (*A sentença que reconhece obrigação de prestar declaração de vontade*).

Uma vez celebrada espontaneamente a escritura de compra e venda ou produzidos os efeitos da sentença que supriu a manifestação de vontade, resta sempre o registro de uma ou outra no Cartório de Registro de Imóveis – o qual constitui conseqüência da celebração da escritura ou da prolação do ato que a substitui – uma vez que a propriedade da coisa imóvel é adquirida, no sistema brasileiro, com o registro imobiliário.[2]

O mesmo não ocorre na hipótese de coisa móvel. Para a aquisição da propriedade da coisa móvel é preciso apenas a tradição. O Código Civil – ao tratar "da aquisição da propriedade móvel" – afirma, em seu art. 1.267, que "a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos *antes da tradição.* Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico".

Quando não é feita a tradição, essa deve ser exigida por meio de ação que almeje o cumprimento da prestação obrigacional de entrega da coisa móvel. Trata-se de ação que, com base no contrato, objetiva a tutela do adimplemento da obrigação contratual. Note-se que a obrigação é de prestar a entrega da coisa, nada tendo a ver com obrigação de prestar declaração de vontade ou mesmo com o direito à imissão na posse da coisa alienada.

Como ficará mais claro a seguir, somente tem direito à tutela de imissão na posse quem tem direito real de se imitir na posse, o que, no caso de coisa móvel, apenas se dá com a tradição. Adiante-se, portanto, que antes da tradição há somente direito de exigir o adimplemento da obrigação de entregar, fundada no contrato, ao passo que, após a tradição – e, assim, a configuração do direito real – deve ser pedida a tutela de imissão na posse.

A sentença, ao reconhecer o direito à tutela de adimplemento da prestação obrigacional de entregar coisa, poderá ordenar a entrega da coisa sob pena de multa ou a sua busca e apreensão.

Admite-se o uso da multa a partir do § 3.º do art. 461-A, que diz que "aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1.º a 6.º do art. 461". De modo que, segundo tal norma, é possível utilizar não apenas a multa, como qualquer meio de execução idôneo à tutela do direito material.

Bem por isto, o art. 461-A, § 2.º, não precisaria ter advertido sobre a possibilidade do uso da busca e apreensão e da imissão na posse. De qualquer forma, é certo que se pode utilizar a busca e apreensão para se realizar a tutela do adimplemento da obrigação de entregar coisa.

[2] Reza o art. 1.245, *caput*, do CC, que "transfere-se entre vivos a propriedade [da coisa imóvel] mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".

Como não há mais dúvida sobre a possibilidade de se compelir, mediante multa, o devedor de obrigação de entregar coisa, não há mais como aplicar a Súmula 500 do Supremo Tribunal Federal, que – partindo do equivocado raciocínio de que sempre que a prestação pudesse ser cumprida sem se atuar sobre a vontade do devedor não havia como utilizar a multa – negava o cabimento da ação cominatória para compelir o réu a cumprir obrigação de entregar coisa.[3]

A preferência entre o emprego da multa ou a utilização da busca e apreensão dependerá, em princípio, do autor, que, ainda que ciente da exata localização da coisa móvel, pode optar pelo uso da multa para convencer o demandado a entregá-la. Isto certamente será mais benéfico ao autor nos casos em que ele não possa ou não queira adiantar valor em dinheiro para o transporte da coisa.

3.2 Adimplemento imperfeito e tutela na forma específica mediante entrega de coisa em substituição à defeituosa

Como é evidente, o adimplemento deve observar o contrato. Esse confere ao credor a garantia de receber a coisa de acordo com os seus termos. Não obstante, é possível que a coisa seja entregue em inconformidade ao contratado. Esta inconformidade pode ser material (física) ou jurídica. Ou melhor, pode acontecer de a coisa estar com vício ou deformidade que altere a sua configuração material ou aspecto físico, assim como a coisa também pode ser entregue com ônus ou limitação declarados inexistentes pelo alienante ou desconhecidos pelo comprador no momento da realização do negócio.

Tratando-se de coisa que se encontra em inconformidade material, diz o *caput* do art. 18 do CDC que o consumidor, no prazo legal, pode exigir, extrajudicialmente,

[3] De acordo com a Súmula 500 do Supremo Tribunal Federal, "não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar". Segundo relato de Roberto Rosas, essa "Súmula originou-se de feito de interesse de um jornal de São Paulo que há muitos anos instituiu assinaturas permanentes do jornal, consistindo na entrega do jornal diariamente aos assinantes. Estes, à negativa do periódico, propuseram ação cominatória, compelindo o jornal a entregar-lhes a espécie". O Supremo Tribunal Federal entendeu existir, na hipótese, obrigação de dar, concluindo ser incabível a ação cominatória, que se fundava, à época, no art. 302 do CPC de 1939. A premissa da antiga conclusão de descabimento da multa em relação às obrigações de entrega de coisa era fundada na suposição de que aquela somente deveria incidir na situação em que fosse impossível realizar o direito sem a colaboração do demandado, o que é completamente equivocado, como já demonstrado. De qualquer forma, a possibilidade da imposição de multa, diante das obrigações de entrega de coisa, está atualmente expressamente consagrada no art. 461-A. Portanto, a idéia de que a obrigação de dar (de entregar coisa) não pode admitir o uso da multa, além de partir de premissa viciada, hoje encontra obstáculo insuperável no próprio CPC (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 516-517). Ver Roberto Rosas, *Direito sumular*, p. 227; Marcelo Lima Guerra, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 169 e ss.

a substituição das partes viciadas. Não sendo este pedido de substituição atendido no prazo máximo de trinta dias, esclarece o § 1.º do art. 18 que o consumidor pode optar entre: i) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; ii) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e iii) o abatimento proporcional do preço. O consumidor somente pode exercer o seu direito de opção, entre uma das três possibilidades mencionadas, se houver solicitado a substituição das partes viciadas, de modo que o pedido de substituição das partes viciadas não constitui opção, mas verdadeira obrigação, que somente pode ser excepcionada nas hipóteses do § 3.º do mesmo art. 18, que afirma que o consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas antes referidas (do art. 18, § 1.º) "sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial". Não atendido o pedido de substituição das partes viciadas, e não sendo o caso de aplicação do mencionado § 3.º, o consumidor pode pedir ao juiz a substituição das partes viciadas ou uma das três possibilidades antes descritas (previstas no § 1.º do art. 18).

Ocorrendo vício ou cumprimento imperfeito da obrigação, o direito do credor exigir coisa em substituição àquela entregue com defeito ou mesmo que seja sanado o vício fica muito longe da reparação do dano. Há direito à tutela do adimplemento perfeito e não direito à tutela ressarcitória na forma específica. O primeiro tem origem na própria obrigação, ao passo que o segundo se funda no dano e por isto liga-se à culpa.

O credor tem o direito de exigir, obviamente que quando possível, o cumprimento da obrigação de entregar coisa na forma específica e, por identidade de razões, o adimplemento da prestação tal como devida, isenta de vícios. A tutela do adimplemento perfeito, em outros termos, realiza, na forma específica, o direito à prestação originária, e, assim, não pode ser confundida com a tutela ressarcitória na forma específica. Aquela tutela exige apenas e tão-somente o cumprimento imperfeito, no caso a entrega de coisa com vícios ou com defeitos, logo não pressupõe dano nem culpa, sabido que esta última constitui critério para a imputação da sanção ressarcitória ou para a concessão da tutela ressarcitória – e isto quando a concessão da tutela ressarcitória não dispensar a culpa. À tutela ressarcitória somente importa se o adimplemento imperfeito trouxer dano.[4] Como o dano pode derivar ou não do

[4] De acordo com o art. 443 do CC, "se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato". Como se vê, no regime dos vícios redibitórios, o dano decorrente do adimplemento imperfeito não abre oportunidade para ressarcimento se resta demonstrado que o alienante ignorava o vício ou o defeito da coisa. Entretanto, afirma o art. 23 do CDC que "a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade". No sistema do CDC, para a responsabilização pelo dano decorrente do inadimplemento, pouco importa a ignorância do fornecedor sobre os vícios

cumprimento imperfeito, apenas eventualmente a tutela do adimplemento perfeito será cumulada com a tutela ressarcitória.[5]

A existência de ônus ou limitações sobre a coisa dá ensejo, sempre juntamente com pedido de ressarcimento pelo equivalente fundado em perdas e danos, a: i) anulação do contrato; ii) redução do preço; iii) eliminação – certamente que quando faticamente possível – dos ônus e limitações que incidem sobre a coisa; e iv) substituição da coisa por outra da mesma qualidade.

As duas últimas hipóteses objetivam realizar o princípio geral de que o credor tem direito à prestação tal como pactuada.[6] Assim, por exemplo, se o vendedor de-

do produto ou do serviço. Com efeito, no sistema do CDC, a demonstração de boa-fé não é capaz de elidir a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor. Ora, considerando que a necessidade de adimplemento perfeito (específico) não tem razão para tomar em conta a culpa, resta a conclusão de que o sistema do CDC é adequado ao dispensá-la no único local em que poderia ser indagada, ou seja, no que concerne aos danos decorrentes do fato do produto ou do serviço e em relação aos danos derivados do inadimplemento (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 406-407 e 559-560).

[5] "Opera, pois, a ação de reparação ou substituição da coisa, nos limites do (ainda) possível, útil e desejado cumprimento (retardado) da originária prestação devida, que dá satisfação específica ao primário interesse do comprador. Isto posto, porque a ação, corolário do crédito – melhor, da medula do crédito, o direito ao cumprimento –, é possível enquanto o adimplemento for possível, o credor tem o direito de agir judicialmente, exigindo a realização mesmo que tardia da entrega de coisa isenta de defeitos – pontualidade ou conformidade do cumprimento – pela eliminação dos vícios ou substituição da coisa, independentemente de culpa do vendedor. A culpa constitui questão relevante para valorar a conduta do vendedor e para a reparação do dano, mas não já para a ação de cumprimento. O direito do credor de exigir o cumprimento da obrigação, perseguindo a legítima satisfação do seu interesse pela realização possível, em espécie, da prestação devida, não depende de culpa do devedor. Neste sentido, a ação de cumprimento assemelha-se aos meios dirigidos à reintegração de direito absoluto – *v.g.* ação de reivindicação (art. 1.311.º e ss. [refere-se à legislação portuguesa]) –, que também prescindem da culpa ou da imputabilidade ao violador. Imputável ou não, o atraso no cumprimento ou o cumprimento imperfeito da obrigação de entrega da coisa não impede o comprador de exercer o direito ao cumprimento, exigindo a ainda possível entrega da coisa conforme ao contrato ou a sua reparação/substituição para fazer desaparecer o vício e obter o adimplemento perfeito com satisfação *in natura* do seu primário e perdurante interesse. Assim como um impedimento inculpável da entrega da coisa pelo vendedor não pode precluir o comprador de obter judicialmente a prestação devida, ainda possível, assim também a entrega de coisa defeituosa, com desconhecimento sem culpa da desconformidade pelo primeiro, não deve impedir ao segundo a satisfação *in natura* mediante a reparação ou substituição" (João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, p. 60).

[6] O direito de exigir o cumprimento da prestação em conformidade com o pactuado não precisa estar expressamente consagrado na lei, *pois é decorrência natural da própria existência da obrigação*. Ainda que isso pareça óbvio, há discussão na doutrina, sustentando, parte dela, que a impossibilidade da tutela específica se funda na idéia de "*hortus conclusus* da disciplina da garantia, da especialidade e da natureza taxativa dos remédios ou providências jurídicas nela expressamente contemplados, ancorada numa visão plurissecular da questão que remonta ao regime da garantia

clarou, na escritura de compra e venda, que o imóvel era isento de ônus, e mais tarde o comprador descobre que sobre ele pesa ônus, não há dúvida que a coisa entregue não está em conformidade com a contratada. Nessa hipótese, o comprador poderá propor ação para obrigar o vendedor a eliminar o ônus que recai sobre a coisa ou a transferi-lo para outro imóvel.

Percebe-se, porém, que a tutela jurisdicional somente redundará em entrega de coisa nos casos de substituição do produto por outro da mesma espécie (art. 18, § 1.º, I, do CDC) ou de substituição da coisa adquirida por outra da mesma qualidade. Essa última hipótese, embora excepcionalíssima em razão da dificuldade em substituir coisa imóvel por outra da mesma qualidade, não pode ser, em tese, descartada. Basta supor a hipótese de venda de apartamento gravado com hipoteca. Suponha-se que o vendedor se obriga, na escritura de compra e venda, a liberar a hipoteca que recai sobre o imóvel. Não a liberando no prazo convencionado, a coisa deixa de ter as características legitimamente esperadas pelo comprador. Sendo assim, o adquirente pode propor ação pedindo a entrega de outro apartamento, com a mesma qualidade física ou material, mas, obviamente, destituído de tal ônus, localizado no mesmo prédio em que está o apartamento hipotecado.

No caso de coisa móvel, a sentença, ao reconhecer o direito à tutela do direito material, deverá ordenar a entrega da coisa sob pena de multa ou determinar a busca e apreensão (art. 461-A, §§ 2.º e 3.º, do CPC). Tratando-se de coisa imóvel, será preciso determinar que o vendedor pratique, sob pena de multa, o ato necessário para a transferência da propriedade no Cartório de Registro de Imóveis. Como é óbvio, embora se trate de coisa imóvel, não há aqui como se pensar em aplicar o meio executivo da imissão na posse.

3.3 Tutela de imissão na posse

A tutela de imissão na posse pode ser requerida diante de coisa imóvel ou de coisa móvel. Não há como confundir tutela de imissão na posse com meio executivo de imissão na posse. Embora exista tutela de imissão na posse de coisa móvel, tal tutela deve ser executada mediante busca e apreensão e não imissão na posse.

A tutela de imissão na posse não se funda no domínio, mas no direito à imissão na posse. O titular do direito à imissão na posse é aquele a quem alguém se obrigou

romana, confinada à alternativa *actio redhibitoria – actio quanti minoris*". Por outro lado, a teoria que aceita a tutela específica se baseia "*nos princípios gerais, com base nos quais o credor tem o direito de obter o resultado negocialmente programado*, pelo que, em alternativa à anulação (redibição ou anulação) do contrato e à redução do preço, ao comprador deveria ser admitido o exato cumprimento na modalidade de eliminação dos defeitos ou substituição da coisa, em consonância com a idéia de que a garantia tende a reforçar e não a enfraquecer a sua posição" (ver João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 57-58).

a transferir a posse. Ou melhor, na ação de imissão de posse se pede tutela do direito para se haver a posse daquele que se obrigou a transferi-la.

O comprador, em regra, tem direito à tutela de imissão na posse, mas tal tutela não é exclusividade sua e nem sempre poderá ser-lhe concedida. No caso em que é alienada coisa locada, por exemplo, o vendedor não pode se obrigar a transferir a posse. Ora, o comprador apenas pode pedir tutela de imissão na posse quando foi contratada a obrigação de o vendedor transferir a posse – obviamente que no caso de ser isto possível.

Por outro lado, a obrigação de transferir a posse pode ser assumida por pessoa diversa do alienante, como, por exemplo, o promitente-vendedor. Neste caso, o fundamento da ação de imissão na posse não é simplesmente o contrato de compromisso de compra e venda, ainda que registrado,[7] uma vez que, para que o direito à tutela seja reconhecido, o contrato deve conter cláusula que outorgue ao promitente-comprador o direito de imissão na posse.

Aquele que pede tutela de imissão na posse deve trazer, anexa à petição inicial, a prova do seu direito à posse, ou melhor, o documento em que o réu se obriga a lhe transferir a posse.

A cognição da ação de imissão na posse é restrita à discussão da eficácia de tal documento, sendo nela impossível se discutir o domínio. A defesa apenas pode alegar a ineficácia do documento que lhe obriga a transferir a posse, mas não pretender discutir o domínio.[8]

Porém, a tutela de imissão na posse é mais difícil de ser compreendida diante das coisas móveis. Há pouco foi visto que, na hipótese de coisa móvel, adquire-se a propriedade com a tradição (art. 1.267, *caput*, do CC).[9] A tradição é o ato final almejado pelo contrato de compra e venda de coisa móvel. Faltando a tradição, o adquirente pode, fundando-se no contrato, pedir tutela do adimplemento da obrigação de entregar coisa.

Mas a tutela do adimplemento da obrigação de entrega de coisa não pode ser confundida com a tutela de imissão na posse. A primeira é ancorada no contrato, ao

[7] Neste sentido, STJ, 3.ª T., REsp 259711/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 18.06.2001; STJ, 4.ª T., REsp 93015/PR, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 29.10.1996.

[8] Pontes de Miranda, para demonstrar o equívoco em não se considerar a exata limitação da cognição da ação de imissão na posse, refere-se a julgado da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em que se admitiu a discussão do domínio no âmbito desta ação. Afirmou Pontes que a 2.ª Turma atribuiu força de coisa julgada material à decisão no tocante ao domínio do autor, não obstante ter sido declarado no julgamento apenas o direito à posse e não o domínio. Advertiu Pontes de Miranda ter aí ocorrido equívoco, pois a contestação, na ação de imissão de posse, "somente pode versar sobre nulidade manifesta" (melhor dizendo, ineficácia) do documento produzido (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XIII, p. 529).

[9] Lembre-se que no caso de imóvel a propriedade é transferida mediante o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.245 do CC).

passo que a segunda se funda no direito à posse. Ou melhor, a tutela de imissão na posse pressupõe a tradição. Enquanto a tradição não houver ocorrido, o credor apenas pode se basear no contrato, pedindo a tutela do adimplemento da obrigação.

Não obstante, há certa dificuldade em compreender como o credor pode necessitar de tutela de imissão na posse após a tradição. Em caso apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o autor, em ação em que buscava tutela de imissão na posse sobre veículos, confessou a não ocorrência da tradição, chegando mesmo a afirmar que da ação de imissão "não se teria valido se a tradição lhe houvesse sido feita". O Tribunal de São Paulo decidiu de modo contrário ao autor, advertindo que não se pode dispensar o autor da ação de imissão na posse da "prova de que já lhe fez a tradição", uma vez que, de outra forma, "a ação de imissão na posse se transformaria em meio de se alcançar judicialmente o cumprimento de toda e qualquer obrigação contratual de entrega, cujo absurdo parece ser ocioso salientar". Lembrou o Tribunal paulista que a ação de imissão na posse pode ter utilidade no caso em que, feita a tradição, o alienante a tenha fraudado nos seus efeitos, deixando de transferir a posse concreta.[10]

O autor da ação de imissão na posse deve provar que tem direito à posse. Por isto mesmo, a ação de imissão na posse é cabível no caso em que a tradição é simbólica, conferindo apenas direito à posse. Se a tradição ainda não ocorreu não há direito à posse, mas apenas direito ao cumprimento da prestação obrigacional de entrega. De outro lado, se, além da tradição, a posse concreta do bem é entregue ao credor, não há razão para se pensar em tutela de imissão na posse.

Feitas estas imprescindíveis considerações, cabe atentar para os meios de execução capazes de dar efetividade à tutela de imissão na posse, conforme a coisa seja imóvel ou móvel.

No caso de coisa imóvel, a sentença de procedência deverá determinar a expedição de mandado de imissão na posse, a ser cumprido por oficial de justiça, se necessário com o auxílio da polícia. Tratando-se de coisa móvel, embora a tutela seja de imissão na posse, não há racionalidade em utilizar, como meio de execução, a "imissão na posse", pois a coisa deve estar situada em local de propriedade ou de

[10] "Possessória. Imissão na posse. Bens móveis. Cabimento da ação contra o alienante. Necessidade, todavia, da prova do direito sobre a coisa cuja posse se reclama (...). Ora, não é esse, à evidência, o caso dos autos, pois o agravante é o primeiro a admitir que os veículos lhe não foram entregues, fazendo disso o fulcro da ação. *Chega mesmo a afirmar que desta não se teria valido se a tradição lhe houvesse sido feita*. Não há, assim, como lhe conceder o remédio, em que pese a excelente argumentação da sua minuta de agravo. Conceder-lhe a imissão seria imprimir, ao seu possível direito pessoal ao recebimento dos veículos, características de direito real. A se dispensar quem ingresse em juízo, para haver a posse de coisa móvel, *da prova de que já se lhe fez a tradição* (como quer a agravante), a ação de imissão de posse se transformaria em meio de se alcançar judicialmente o cumprimento de toda e qualquer obrigação meramente contratual de entrega, cujo absurdo parece ocioso salientar" (TJSP, 2.ª CC, rel. Des. Paulo Barbosa, *RT* 303/331).

posse do próprio demandado. Por esta razão, a busca e apreensão é adequada para permitir ao autor obter a posse da coisa móvel (art. 461-A, § 2.º, do CPC).

3.4 Tutela reivindicatória

O proprietário que não possui a coisa tem o direito de reivindicá-la daquele que a possui de forma injusta. A ação reivindicatória se funda no domínio, sendo que o direito à tutela reivindicatória será reconhecido quando restar evidenciado o domínio do autor e a posse injusta do réu.

A tutela reivindicatória tem cabimento especialmente quando a coisa, após a transferência da propriedade no Cartório de Registro de Imóveis, está na posse injusta de terceiro.

Lembre-se que, se o alienante não tem posse ao vender o imóvel, ele não pode se obrigar a transferi-la ao adquirente. Neste caso não há como pensar em ação de imissão de posse não apenas contra o vendedor, mas também contra o terceiro que está na posse. O comprador não tem – nem poderia ter – documento que espelhe a obrigação do vendedor em transferir a posse.

No caso de existir relação contratual entre o alienante e o terceiro possuidor, isto é, na hipótese de o terceiro ter posse que lhe foi cedida por contrato pelo alienante, a posse do terceiro deve ser respeitada pelo adquirente, cabendo-lhe, quando desconstituída a relação contratual que amparava a posse, o exercício de ação para obter a recuperação da coisa.

Existindo, por exemplo, locação, afirma a legislação o cabimento de ação de despejo, que nada mais é do que uma ação que, ao levar à desconstituição do contrato, permite a recuperação da coisa.

Se, quando da alienação, a coisa está na posse de terceiro que nenhuma relação tem com o alienante, além de não caber ação de imissão na posse, não há como pensar em ação de recuperação da coisa que tenha como premissa a desconstituição do contrato, uma vez que a posse não é exercida com base em pacto nenhum.

No caso de posse injusta de terceiro, a única alternativa do adquirente é se fundar no domínio, pedindo tutela reivindicatória. Não que a ação reivindicatória não possa ser utilizada contra o alienante que não entrega a posse ao comprador. É que nesta última hipótese, havendo cláusula em que o alienante se obriga a transferir a posse ao comprador, esse pode se valer tanto da ação de imissão na posse quanto da ação reivindicatória.

Ou melhor, no primeiro caso a ação reivindicatória é a única alternativa; no segundo a ação reivindicatória pode ser de preferência do adquirente, apesar deste poder requerer tutela de imissão na posse.

A conseqüência do uso de uma ação ou outra está na circunstância de que a ação de imissão somente permite a discussão em torno da eficácia do documento

que contém a obrigação de transferir a posse, enquanto que a ação reivindicatória possibilita a discussão em torno do domínio, sem qualquer restrição.

Note-se que na ação reivindicatória se discute e declara o domínio, recaindo a coisa julgada material sobre ele. Assim, ao contrário da tutela de imissão na posse, a tutela reivindicatória dá ao autor a garantia de que o domínio, definido na sentença, não mais poderá ser discutido.

Reconhecido o direito à tutela reivindicatória na sentença, o juiz deverá determinar a expedição de mandado de imissão na posse da coisa reivindicada (art. 461-A, § 2.º, do CPC), o que mais uma vez confirma que o meio de execução (imissão na posse) nada tem a ver com a tutela jurisdicional do direito efetivada.

3.5 Tutela de reintegração de posse

A tutela de reintegração de posse, como diz o seu próprio nome, funda-se na posse. Esta tutela permite a recuperação da posse da coisa, retirando-a daquele que a esbulhou. Pressupõe a perda da posse em razão de esbulho, destinando-se a recuperá-la.[11]

Na ação de reintegração de posse – como em qualquer outra ação possessória (de interdito proibitório ou de manutenção de posse) –[12] não se discute o domínio. Na ação de reintegração, o réu está proibido de se defender alegando domínio. Como diz o art. 923 do CPC, "na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio".

Conforme afirma o art. 924 do CPC, a ação de reintegração de posse, quando proposta dentro de ano e dia do esbulho possessório, segue procedimento especial, mas, quando proposta após o prazo acima aludido, adota o procedimento ordinário. Por este motivo, o mesmo art. 924, em sua parte final, observa que, passado o prazo de ano e dia, o procedimento aplicável, embora ordinário, não perde *o caráter possessório*. A parte final

[11] "A ação de reintegração de posse, ao contrário das ações de imissão de posse e reivindicatória, não é petitória, mas sim possessória. A ação de reintegração de posse é fundada na posse, a ação reivindicatória no domínio e a ação de imissão de posse em documento que outorga o direito à posse. Quando a posse é perdida em virtude de ato de agressão – chamado de esbulho –, surge, àquele que o sofreu, a ação de reintegração de posse, pela qual o autor objetiva recuperar a posse de que foi privado pelo esbulho" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 571). Ver Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. XIII, p. 166.

[12] A diferença entre a ação de reintegração e a ação de manutenção tem íntima relação com a intensidade da agressão da posse. Para que alguém possa pedir reintegração, deve ter ocorrido a perda da posse – chamada de esbulho; porém, para que se possa exigir manutenção, basta o incômodo no exercício da posse – chamado de turbação (art. 926 do CPC). O interdito proibitório, por sua vez, é conferido àquele que, temendo o esbulho ou a turbação iminentes, necessita impedir agressão à sua posse (art. 932 do CPC). Para o cabimento do interdito proibitório, o autor deve provar a probabilidade de iminente agressão à sua posse. Trata-se, assim, de ação nitidamente preventiva (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 571).

do art. 924 faz questão de frisar que o procedimento aplicável à ação não nega o seu conteúdo de direito material ou a tutela do direito através dela requerida. Ou melhor, a tutela de reintegração de posse (e de manutenção de posse) é fundada na posse e não em direito, não permitindo a discussão de nada além da posse, pouco importando o procedimento através do qual a ação é exercitada. Como é sabido, o procedimento deve se adequar às necessidades do direito material e não eliminar as suas particularidades ou a essência da tutela de direito material através dele veiculada.

Atualmente, passado ano e dia do esbulho, a ação de reintegração deve adotar as técnicas processuais instituídas no art. 461-A, entre elas a técnica antecipatória[13] e o meio de execução que, segundo o art. 461-A, destina-se a dar efetividade à tutela jurisdicional do direito que almeja coisa imóvel.

Embora alguém, impressionado com a fisionomia da própria tutela de reintegração de posse, pudesse pensar que a sentença de procedência necessariamente deve determinar a expedição de mandado de reintegração de posse, o fato é que, como já demonstrado antes, o meio de execução constitui apenas técnica processual, sendo pensado para viabilizar, da forma mais adequada possível, a tutela do direito material. Ora, o cumprimento de mandado de imissão na posse dá efetividade à tutela de reintegração de posse, permitindo que o autor seja reintegrado na posse do imóvel.

[13] Na ação de reintegração de posse, quando proposta dentro e ano e dia do esbulho, a tutela antecipatória pode ser concedida independentemente da afirmação de perigo (art. 928 do CPC). Para a concessão da antecipação da tutela, no procedimento especial, basta a presença dos requisitos do art. 927 do CPC, sendo dispensável a demonstração de perigo. O direito à reintegração de posse traz em si a urgência, a qual é presumida pelo legislador quando a ação é proposta dentro de ano e dia. Entretanto, o legislador presumiu o contrário quando estabeleceu o não-cabimento do procedimento especial no caso de esbulho praticado há mais de ano e dia. Assim, quando a reintegração de posse for requerida depois de ano e dia, não será suficiente, para a obtenção da tutela antecipatória, apenas a prova dos requisitos do art. 927 do CPC. Isso, porém, não pode levar à conclusão de que, nesse caso, o autor jamais terá necessidade de tutela antecipada. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto. Diante do procedimento do art. 461-A, será possível conceder tutela antecipatória se ficar evidenciada circunstância que conduzir à conclusão de urgência no deferimento da reintegração ou restar demonstrado motivo que tenha obstaculizado a propositura da ação no prazo de ano e dia. Como está claro, a tutela antecipatória, depois de passados ano e dia do esbulho, exige a prova dos requisitos do art. 927 do CPC somada à prova de fato caracterizador de urgência (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 574-575). Já decidiu o STJ: "Em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto" (STJ, 4.ª T., REsp 201.219/ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.06.2002). E na mesma direção julgou o 1.º TACivSP: "Tutela antecipatória. Possessória. Presença dos requisitos elencados no art. 273 do CPC. Admissibilidade da antecipação, pois baseada na evidência. É possível a tutela antecipatória em ação possessória, pois esta deve ser tratada como qualquer outra ação ordinária, em que se admite, desde que presentes os requisitos legais, a antecipação baseada na evidência, conforme dispõe o art. 273 do CPC" (TACivSP, 12.ª CC, AgIn 718.150-4, rel. Juiz Campos Mello, j. 14.11.1996).

3.6 Tutela de recuperação de coisa dependente da desconstituição do contrato

Há situações em que a posse da coisa é transferida em razão de contrato. É o que ocorre nos casos de locação e de comodato.[14] Para a locação, a lei prevê a ação de despejo,[15] que permite ao locador obter o despejo do locatário e a restituição da coisa locada. A sentença de despejo, ao mesmo tempo em que desconstitui a relação locacional, "despeja" o locatário. Na ação de despejo, o contrato não é o fundamento para a recuperação da coisa. Ao contrário, para a recuperação da coisa é necessária a desconstituição do contrato. A sentença viabiliza a recuperação da coisa por trazer em seu interior a desconstituição do contrato.[16]

Mas o problema surge quando não há previsão de procedimento especial para a retomada da coisa diante do desaparecimento da base contratual que legitimava a posse. É o que ocorre no caso de comodato. Os tribunais admitiam, antes do art. 461-A ter sido introduzido no Código de Processo Civil, o uso da ação de reintegração de posse contra o comodatário que, apesar de devidamente notificado, não entregou a coisa.[17]

Utilizou-se o modelo procedimental da ação de reintegração de posse em razão de não estar previsto, para o comodato, procedimento especial. Como a ação do comodante, em princípio, deveria observar o antigo procedimento comum – sem técnica antecipatória e sentença executiva – forçou-se o emprego do procedimento especial instituído para a reintegração de posse – onde está prevista liminar e a sentença de procedência reintegra, por si só, o autor na posse da coisa esbulhada. Ou melhor: o comodante preferia usar a ação de reintegração de posse em razão dos benefícios outorgados pelo seu procedimento especial, especialmente pela sua liminar.

Note-se que, ao mesmo tempo em que se conferiu a ação de despejo ao locador, deixou-se ao comodante somente a ação de procedimento comum. Contudo, não é racional dar procedimento especial ao que loca e procedimento comum ao que empresta. Se o locador possui direito à tutela de retomada da coisa, igual direito pertence ao comodante. Foi nesta dimensão, para se livrar da inefetividade do procedimento comum e se valer de técnica processual capaz de lhe propiciar a tutela de restituição da coisa com a devida efetividade, que o comodante passou a utilizar o procedimento especial reservado à reintegração de posse.

Acontece que a ação de reintegração de posse, como já demonstrado, funda-se na posse, destinando-se a reaver a posse que foi esbulhada pelo demandado. Trata-se, em outras palavras, de ação voltada a fazer valer a posse, que nada tem a ver com contrato ou posse que se tornou ilegítima em razão de extinção de relação contratual.

A ação de reintegração de posse pressupõe a perda da posse em razão de esbulho, objetivando recuperá-la, ao passo que a ação do comodante se baseia na extinção do contrato e na ilegitimidade da posse daí decorrente. Não se afirmam posse e esbulho na ação para recuperar a coisa em razão da extinção do contrato, mas o contrato, a sua extinção e a conseqüente ilegitimidade da posse. Ou mais precisamente: enquanto na ação de reintegração se discute a posse e o esbulho, na ação de restituição de coisa com base na extinção do contrato importam a existência e a eficácia do contrato.

Na ação do comodante, a contestação pode não apenas alegar a inexistência ou a ineficácia do contrato, como ainda afirmar que o motivo da denúncia (que antecede a ação, objetivando extinguir o comodato) não permite a extinção do comodato ou que o motivo invocado para a denúncia não corresponde à realidade. Ou seja, aí a ilegitimidade da posse é indissociável da análise do contrato.

Se o comodante, em princípio, utilizou a ação de reintegração de posse para ter uma tutela de restituição de coisa efetiva, com o passar do tempo tal ação passou a limitar a cognição do direito material, impedindo ou tornando irrelevante a discussão do contrato. Nesse instante, o uso da ação de reintegração de posse, que antes objetivava apenas conferir efetividade ao direito de ação, tornou-se completamente ilegítimo ao demandado, que, inclusive, viu-se impedido de se defender com base no contrato.

Tentou-se fazer acreditar que a liminar, própria da ação de reintegração de posse, mas, no caso concreto, voltada à tutela do comodante, dependeria apenas da realização da denúncia voltada à extinção do contrato, pois a partir daí a não entrega da coisa passaria a configurar esbulho. Porém, não há como negar que a cognição do juiz, na ação voltada à obtenção da coisa entregue em comodato, incide de forma ampla sobre o contrato. No caso de comodato por prazo indeterminado, a simples denúncia vazia não é, por si só, fundamento para a procedência do pedido de tutela

---

[14] Art. 579, do CC: "O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto".

[15] Lei 8.245/91, art. 59 e ss.

[16] "O que define a executividade das ações de despejo e depósito é a prévia desconstituição da relação obrigacional; é a eficácia sentencial que corta a legitimidade da posse que o contrato dava ao demandado sobre a coisa. (...) Noutras palavras, a ação de despejo é executiva, como o direito brasileiro sempre o reconheceu, não propriamente por ser ela derivada do contrato de locação, ou por ter este contrato por fundamento, e sim porque o contrato não mais existe, após a sentença. Coisa semelhante acontece com a ação de restituição da coisa depositada. Tanto o locador que promove a ação de despejo quanto o depositante que pede a restituição da coisa que entregara em depósito agem executivamente não por serem contratantes, ou por estarem amparados num direito de crédito. Ao contrário, fazem-no por serem proprietários ou, se não o forem, como seria da antecipação o caso do locador não proprietário, por desfrutarem de uma condição jurídica similar à que o direito reconhece ao titular do domínio" (Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, cit., v. 2, p. 216).

[17] "A ação própria contra o comodatário que, constituído em mora, não entrega a coisa, é a de reintegração de posse" (TAMG, *RJTAMG* 22/217). "Reintegração de posse. Comodato. Notificação. Esbulho. Liminar. Se a prova dos autos evidencia contrato de comodato do imóvel por tempo indeterminado, com regular notificação da ocupante, sem que tenha sido devolvido o imóvel, resta injusta a posse da comodatária, justificando liminar concessiva de reintegração. Agravo de instrumento desprovido" (TJRS, 2.ª Câmara Especial Cível, AgIn 70.001.294.321, rel. Des. Jorge Luis Dall'Agnol, j. 31.11.2000).

jurisdicional do comodante, pois é possível que o contrato de comodato não exista ou seja ineficaz. Tratando-se de prazo determinado – convencional ou presumido – o demandado evidentemente poderá negar a "necessidade imprevista e urgente", afirmada na denúncia. Da mesma forma, na hipótese de denúncia que afirma o término do prazo necessário para o uso, o comodante também deverá se desincumbir do seu ônus de provar o que alegou.

Ao se pretender impor a idéia de que o esbulho e a liminar seriam decorrências automáticas da denúncia, desejou-se conferir uma espécie de direito absoluto ao comodante, impedindo-se o demandado de negar a existência do contrato ou os motivos da denúncia. Ora, como o réu, no caso, possui o evidente direito de discutir o contrato e os motivos que o circundam, é óbvio que o esbulho não é decorrência automática da denúncia.

Ou melhor, é claro que a substância da ação de reintegração de posse não se confunde com a matéria da ação em que se pede a restituição da coisa em virtude da extinção do contrato. Se o comodante tem o direito de pedir a restituição da coisa e é importante eliminar o equívoco de se negar a possibilidade da discussão do contrato para se conferir liminar de reintegração de posse, é preciso deixar claro que a ação de reintegração de posse não é adequada para a hipótese em que a retomada da coisa depende da discussão do contrato. A ação do comodante deve se basear no art. 461-A, que institui técnicas processuais hábeis à construção de uma efetiva ação de restituição de coisa.[18]

A ação de reintegração de posse também foi utilizada pelo credor do *leasing*. Neste caso, para se obter liminar sem se dar ao devedor a oportunidade de discutir a abusividade das cláusulas contratuais. Com efeito, imaginou-se, para viabilizar a possibilidade de o credor obter liminar de reintegração de posse, duas situações: i) que, diante da cláusula resolutiva expressa, o simples inadimplemento das prestações seria suficiente para caracterizar a resolução do contrato e, então, abrir margem para a reintegração de posse; ii) ou que, em face do inadimplemento, o credor deveria notificar o devedor para caracterizar a mora e tornar ilegítima a posse sobre a coisa objeto do *leasing*, quando, então, surgiria como oportuna a ação de reintegração de posse.

Porém, a ação de reintegração de posse, por ser ação destinada à proteção da posse,[19] não serve para o caso de *leasing*, em que o direito à restituição da coisa depende da desconstituição do contrato e, assim, de ampla oportunização de discussão dos seus termos. Portanto, quer se admita a cláusula resolutiva expressa ou a necessidade de notificação, o inegável é que a retomada exige, como pressuposto

[18] O comodante, a partir do art. 461-A, pode pedir a restituição da coisa emprestada por meio da técnica antecipatória e da sentença executiva (art. 461-A, §§ 2.º e 3.º, e art. 461, § 3.º).

[19] A verdadeira ação de reintegração de posse tem a sua cognição restrita à questão possessória.

lógico, a desconstituição do contrato, e deste modo o oferecimento de espaço para a sua ampla discussão.

Na ação rotulada de reintegração de posse pelo credor do *leasing* há postulação de recuperação da coisa. Mas esta espécie de pedido também existe na ação reivindicatória e na ação de despejo, sem que estas possam ser consideradas possessórias. O que faz que uma ação possa ser dita de reintegração de posse não é o seu pedido (de recuperação da coisa), mas o seu fundamento.

Ora, o fundamento da imaginada ação de reintegração de posse relativa ao *leasing* é o inadimplemento do contrato, e não a posse ou o esbulho. Mas, se o inadimplemento do contrato fosse capaz de originar ação de reintegração de posse, o não-pagamento do aluguel, em face da locação, também deveria dar base à reintegração de posse, e não à ação de despejo. Quando, para se pedir a retomada da coisa, afirma-se a desconstituição do contrato, a ação é de restituição de coisa, nos moldes da ação de despejo e da ação do comodante, devendo buscar fundamento, por isto mesmo, no art. 461-A do Código de Processo Civil.[20]

No que concerne aos meios executivos, a sentença de procedência da ação de restituição determinará, conforme o caso, a imissão na posse da coisa imóvel ou a busca e apreensão da coisa móvel. Assim, no caso de comodato, a sentença de procedência fará com que seja expedido mandado de imissão na posse. Na hipótese de *leasing*, a sentença de procedência determinará a busca e apreensão.

Porém, tratando-se de coisa móvel, a multa pode preferir à busca e apreensão, pois poderá convencer o réu a entregar a coisa sem obrigar o autor a despender dinheiro para ver o mandado de busca e apreensão cumprido pelo oficial de justiça. Lembre-se que, em determinados casos, o desmonte e o transporte da coisa podem ser não apenas caros, como também exigir conhecimentos técnicos específicos, obviamente não ignorados pelo demandado.

A jurisprudência anterior ao art. 461-A entendia não ser possível utilizar a multa para convencer o devedor do *leasing* a entregar a coisa, argumentando-se que o CPC somente previa "multa diária para o descumprimento das obrigações *de fazer*",[21] enquanto "o arrendatário inadimplente tem a obrigação *de dar* coisa certa

[20] Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 591-597.

[21] "Arrendamento mercantil. *Leasing*. Reintegração de posse. Multa diária (*astreinte*). Arts. 287, 461, § 4.º, 644 e 645 do CPC. Obrigação de dar ou entregar. Bem não localizado. Inadmissibilidade. Ação de reintegração de posse. *Astreintes*. Inadmissibilidade de imposição em obrigações de dar ou entregar. Pena pecuniária afastada" (2.º TACSP, 1.ª CC, AgIn 714.065-00/6, rel. Juiz Linneu de Carvalho, *DJ* 05.04.2002). "Arrendamento mercantil. *Leasing*. Reintegração de posse. Multa diária (*astreinte*). Arts. 287, 461, § 4.º, 644 e 645 do CPC. Obrigação de dar ou entregar. Bem não localizado. Inadmissibilidade. Por expressa disposição contida no art. 461 do diploma de ritos, em seu cabeço, somente nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer têm lugar a antecipação de tutela específica e a imposição da multa diária previstas pelos §§ 3.º e 4.º. É a natureza da ação que determina o cabimento, ou

em relação ao arrendante". Contudo, após o art. 461-A, não há mais dúvida de que a multa pode ser utilizada para constranger o devedor a entregar o bem objeto do *leasing* (§ 3.º do art. 461-A).

3.7 Tutela ressarcitória na forma específica mediante a entrega de coisa

Já ficou claro, quando se estudou a tutela ressarcitória na forma específica mediante fazer, que ressarcir não se confunde com indenizar em pecúnia. O ressarcimento pode ser prestado através de duas formas, que são o ressarcimento pelo equivalente em pecúnia ao valor da lesão e o ressarcimento na forma específica, isto é, o ressarcimento que visa a estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido.

Tal forma de ressarcimento pode se dar mediante uma prestação de fazer ou através da entrega de coisa equivalente à destruída. Não é preciso que a coisa tenha sido totalmente destruída, bastando que tenha se tornado insuscetível de reparação mediante fazer ou que essa última forma de reparação haja se tornado economicamente ineficiente em razão do valor da coisa.

A coisa, para propiciar o adequado ressarcimento, deve ter a mesma qualidade da que foi objeto do dano. Ou seja, a coisa, para permitir o ressarcimento, deve ser capaz de substituir a destruída, pois apenas assim haverá reparação do dano na forma específica.

A sentença, ao reconhecer o dano e o dever do demandado ressarcir na forma específica, pode ser executada através de duas modalidades executivas, conforme o que seja mais idôneo ao exeqüente. Assim, poderá ser utilizada a multa ou a busca e apreensão.

---

não, do dispositivo legal a cada caso, não eventuais atos a serem praticados pela parte no curso do processo, porquanto não têm a medida caráter puramente instrumental, consistindo na própria tutela jurisdicional almejada e havendo, para coibir os atos do processo alegadamente atentatórios à dignidade da justiça, outras previsões na lei processual. A regra contemplada no art. 601 da Lei Processual aplica-se, unicamente, aos processos de execução e quando houver a prática pelo devedor de ato atentatório à dignidade da justiça, assim entendidos aqueles indicados no elenco taxativo do art. 600. Sua aplicação nos processos de conhecimento tem sido admitida, apenas, em circunstâncias especialíssimas" (2.º TACSP, 1.ª CC, AgIn 721.006-00/0, rel. Juiz Vieira de Moraes, *DJ* 19.04.2002). Ainda, 2.º TACivSP, 9.ª CC, AgIn 697.395-00/5, rel. Juiz Cristiano Ferreira Leite, *DJ* 05.04.2002.

4

Coisa Certa e Coisa Incerta

4.1 Conceito

Segundo o art. 461-A, § 1.º, "tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz".

Há casos em que a coisa não precisa ser individualizada, por possuir elemento que a identifique. Porém, quando a coisa é determinada pelo gênero e quantidade, ela tem que ser individualizada pelo credor ou pelo devedor. No primeiro caso, afirma-se que há coisa certa, ao passo que, no segundo, embora a coisa seja determinada de modo genérico, entende-se que há coisa incerta.

4.2 Coisa determinada pela quantidade, pelo gênero e pela qualidade

A coisa pode ser quantificada pelo número, pelo peso ou pela medida. Não importa saber, dentro da quantidade definida, qual é a coisa devida. Basta saber o número, o peso ou a medida que qualificam a quantidade.

O gênero constitui a classe em que a coisa se enquadra, como, por exemplo, sacas de soja ou determinado modelo de veículo.

Contudo, para individualizar a coisa pode não bastar conhecer a quantidade e o gênero, sendo ainda necessário definir a sua qualidade. Assim, no caso de sacas de soja, além de número e do gênero – 1.000 sacas de soja –, é preciso definir a qualidade da soja devida.

4.3 Coisa incerta e coisa fungível

De acordo com o art. 85 do Código Civil, "são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade". Portanto, se a

coisa devida é fungível, não há motivo para individualizá-la, bastando ser entregue outra *da mesma espécie, qualidade e quantidade*.

Porém, a coisa incerta é determinada de modo genérico, não podendo ser substituída por outra "da mesma espécie, qualidade e quantidade", mas ser individualizada a partir de uma quantidade, de um gênero e de determinada qualidade.

Se é devido um veículo Ford, modelo X, não há que se individualizar a coisa devida. Mas se a coisa é determinada pela quantidade, pelo gênero e pela qualidade, é imprescindível individualizar que são devidos mil veículos da marca Ford, modelo X. Ou melhor, não há como confundir coisa incerta com coisa fungível.

4.4 Coisa incerta e obrigação alternativa

A obrigação alternativa prevê duas ou mais prestações, mas o seu adimplemento se dá mediante a realização de apenas uma delas. Segundo o art. 252, *caput*, do Código Civil, "nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou".

A escolha do devedor diz respeito à prestação e não ao seu conteúdo. Há duas ou mais prestações que podem satisfazer a obrigação, e não *uma* prestação de entregar coisa *incerta*. O devedor que tem obrigação de entregar mil sacas de soja da qualidade Y tem obrigação de entregar coisa incerta e não obrigação alternativa, que existiria caso o devedor tivesse obrigação de entregar sacas de soja ou sacas de milho.

4.5 Instante da individualização da coisa

Está claro no art. 461-A, § 1.º, que o credor deverá individualizar a coisa na petição inicial, quando lhe couber a escolha. De modo que não há qualquer razão para se entender que o credor apenas deve individualizar a coisa na fase de execução.

A norma, ao afirmar que a individualização deve ocorrer na petição inicial, não só atende à possibilidade de antecipação da tutela, com também dá às partes a oportunidade de discutir sobre a individualização antes da declaração da existência da obrigação (sentença de procedência). A cognição é concentrada, abarcando, em um só tempo, a afirmação da existência da obrigação e a individualização da coisa, sem separar a discussão a respeito de uma e de outra em duas fases distintas.

Porém, o mesmo § 1.º do art. 461-A diz que, "cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz". Ou seja, quando a escolha cabe ao devedor, a sentença de procedência ou a decisão concessiva da antecipação da tutela ordenará, sob pena de multa, que o devedor entregue a coisa individualizada.

4.6 A impugnação da individualização da coisa

A escolha de uma das partes pode ser impugnada pela outra. Quando a escolha cabe ao credor, a discussão a seu respeito será travada na fase de conhecimento, juntamente com a discussão acerca da existência da própria obrigação. Na outra hipótese, ainda que a sentença de procedência determine a individualização e a entrega no mesmo instante, tem o credor o direito de impugnar a escolha da coisa entregue – e não aceita.

É evidente que a impugnação sempre deverá ser fundamentada. Para decidir, o juiz poderá ouvir, informalmente (art. 421, § 2.º, do CPC), perito de sua nomeação, ou, se for o caso, determinar a produção de prova pericial. Contra a decisão, tomada no interior da fase de conhecimento (impugnação do devedor) ou no seio da fase de execução (impugnação do credor), cabe recurso de agravo.

Em caso de descumprimento da sentença pelo devedor, o credor passa a ter o direito de individualizá-la e, obviamente, de requerer os meios executivos adequados para obtê-la.

5

Defesa do Executado

A parte pode impugnar o meio de execução fixado na sentença através de recurso de apelação e, ainda, requerer ao seu relator a concessão de efeito suspensivo ou a tutela antecipatória recursal, conforme o caso. O efeito suspensivo pode ser requerido para impedir a aplicação da modalidade executiva eleita na sentença e a tutela antecipatória recursal para que novo meio de execução seja aplicado, ambos sempre até o julgamento do recurso pela Câmara ou Turma.

As defesas substantivas supervenientes à sentença devem ser apresentadas em 1.º grau de jurisdição. A defesa, assim como acontece no caso de sentença que reconhece obrigação de fazer e de não fazer, também observará, no que for aplicável, as regras pertinentes à impugnação da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia (art. 475-L do CPC). Assim, relevante o fundamento da defesa e presente fundado receio de dano grave, a execução deverá ser suspensa, mas o exeqüente poderá pedir o prosseguimento da execução prestando caução suficiente e idônea (art. 475-M, § 1.º, do CPC).

Deferido prazo para o exeqüente responder à defesa do executado, o juiz decidirá através de sentença ou de decisão interlocutória, conforme seja extinta ou não a fase de execução, cabendo na primeira hipótese apelação e na segunda agravo de instrumento (art. 475-M, § 3.º, do CPC).

6

Direito de Retenção

O direito de retenção está no plano do direito material. Objetiva impedir o enriquecimento ilícito, constituindo garantia do possuidor (e do devedor) de boa-fé que, com seu trabalho e gasto, conservou o bem, aumentou ou facilitou o seu uso. Há direito de reter a coisa em razão de benfeitorias, acessões, acréscimos ou melhoramentos, necessários ou úteis.[1]

Portanto, o direito de retenção não se confunde com a forma processual através da qual pode ser afirmado. Ou seja, saber se o direito de retenção deve ser alegado na contestação, em embargos do executado ou em embargos de retenção não constitui

---

[1] *Benfeitorias* são obras ou despesas realizadas no bem, as quais podem ter o fim de conservá-lo, aumentar ou facilitar o seu uso, ou ainda apenas torná-lo mais agradável. Segundo o art. 96, *caput*, do CC, as benfeitorias podem ser *voluptuárias, úteis ou necessárias*. São *voluptuárias* as de "mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor" (art. 96, § 1.º, do CC). São *úteis* as que "aumentam ou facilitam o uso do bem" (art. 96, § 2.º, do CC). São *necessárias* as que "têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore" (art. 96, § 3.º, do CC). O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Também poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219 do CC). Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias. Não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias (art. 1.220 do CC). As *acessões industriais* (construções e plantações) são obras que constituem coisas novas, as quais aderem ao bem já existente. Obedecem as mesmas regras que disciplinam as benfeitorias.

De outra parte, segundo o art. 237 do CC, "até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus *melhoramentos e acrescidos*, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação". De acordo com o art. 241 do CC, no caso de *obrigação de restituir*, se "sobrevier *melhoramento ou acréscimo* à coisa, sem despesa ou trabalho do devedor, lucrará o credor, desobrigado de indenização". Porém, se o melhoramento ou o aumento derivou de trabalho ou de dispêndio do devedor, o caso deverá ser regulado pelas normas atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé (arts. 1.219 e 1.220 do CC). Assim, o devedor de boa-fé tem direito à indenização dos aumentos ou melhoramentos necessários e úteis, bem como, em relação aos voluptuários, se não forem pagos, a levantá-los quando o puder sem detrimento da coisa. Já o devedor de má-fé tem direito somente aos aumentos e melhoramentos necessários. Também nessa hipótese, apenas o devedor de boa-fé – e não o de má-fé – possui direito de reter a coisa enquanto não for pago.

questão que pode colocar em discussão a existência do direito de retenção, mas apenas a forma processual (contestação ou embargos) mediante a qual o direito de retenção pode ser afirmado e discutido.

Desde a redação conferida ao art. 744 do CPC pela Lei 10.444/2002, não há dúvida de que o direito de retenção, no caso de ação de conhecimento em que se pede a tutela da coisa, deve ser alegado na contestação. Essa norma reservou os embargos de retenção às execuções fundadas em título extrajudicial.

O art. 744 foi revogado pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006. O art. 745, também alterado por essa lei, passou a elencar, como uma das matérias alegáveis nos embargos do executado por título extrajudicial, a "retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621)" (art. 745, IV, do CPC).

De qualquer forma, após as alterações realizadas pela Lei 11.382/2006, o direito de retenção continua a ter que ser alegado através de embargos apenas em caso de execução de título extrajudicial. Tratando-se de ação fundada no art. 461-A, o direito de retenção deve ser afirmado na contestação. Nesse caso, o réu não pode opor embargos do executado ou embargos de retenção.

Nas ações do art. 461-A, os valores das benfeitorias, das acessões industriais, dos melhoramentos ou dos acréscimos devem ser apurados antes da sentença e não em "liquidação de sentença". Se o réu tem a oportunidade de afirmar direito de retenção por ocasião da contestação, não há sentido em deixar para depois da sentença a apuração de tais valores, até porque a *verificação da existência* de benfeitorias indenizáveis (ou mesmo acessões industriais, melhoramentos ou acréscimos) exige prova relacionada com a *apuração dos seus valores.*

Apurando-se crédito para o réu, a efetivação da tutela da coisa fica condicionada ao seu depósito. O reconhecimento do direito de retenção impede a tutela da coisa enquanto não é feito o pagamento do valor devido ao réu, embora também possa se contrapor ao eventual ressarcimento devido ao autor por danos e frutos.

É que o direito de crédito por benfeitorias, acessões, melhoramentos ou acréscimos, do qual pode ser titular o réu, pode ser compensado com o direito de crédito por danos e frutos, de que pode ser titular o autor. Aliás, diante da viabilidade de compensação, é possível que, embora evidenciadas as benfeitorias indenizáveis (por exemplo), não reste crédito favorável ao réu.

Em caso de execução de título extrajudicial, afirma o art. 745, § 1.º, que, "nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exeqüente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo".

Tratando-se de ação de conhecimento ou de ação fundada no art. 461-A, a tutela ressarcitória por danos e frutos deve ser cumulada com a tutela da coisa, de modo que eventual compensação dependerá da alegação de benfeitorias etc. na con-

testação. Nessa hipótese, pode ser apurado crédito em favor do autor ou do réu. No primeiro caso, o autor poderá pedir a efetivação da tutela da coisa mediante a imissão na posse (art. 461-A do CPC) e a realização do seu crédito através do procedimento do art. 475-J e ss. do Código de Processo Civil. No segundo, a tutela da coisa ficará na dependência do depósito do valor apurado em benefício do réu.

Em qualquer caso em que a tutela da coisa possa ser imediatamente executada (antecipação da tutela, ou interposição de recurso especial, ou de recurso extraordinário), mas ainda penda discussão acerca de crédito em favor do réu, bastará ao autor, para ter a tutela da coisa efetivada, prestar caução ou depositar o valor correspondente.[2]

2 Ver o art. 745, § 2.º, do CPC.

PARTE V

A SENTENÇA QUE RECONHECE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA

1

Tutela Pecuniária e Técnicas de Execução

A tutela prestada em dinheiro, ou a tutela pecuniária, igualmente atende a diferentes tutelas prometidas pelo direito material. A tutela em pecúnia é notabilizada por servir como uma espécie de coringa em relação a todas as outras, haja vista que pode substituir a tutela específica do direito mediante a transformação do bem devido no seu equivalente em dinheiro.

Esta espécie de tutela pecuniária – chamada de tutela pelo equivalente monetário – pode ser equivalente ao valor da lesão ou equivalente ao valor da obrigação não cumprida. Ou melhor, esta tutela pecuniária pode expressar o valor do dano sofrido pelo lesado, ou o valor da prestação não cumprida ou cumprida de modo imperfeito pelo obrigado. Lembre-se que o dano não se confunde com o inadimplemento. O inadimplemento constitui uma situação objetiva ou simplesmente a ausência de cumprimento, dando ao credor a possibilidade de exigir o adimplemento ou o seu equivalente em dinheiro, sem aludir à culpa. Porém, a responsabilidade pelo dano, à parte hipóteses excepcionais – ditas de responsabilidade objetiva –, exige a presença da culpa ou do dolo, em regra obrigando o lesado a demonstrar a culpa ao exigir o ressarcimento, seja na forma específica ou pelo equivalente em pecúnia.

Contudo, nem toda tutela pecuniária constitui tutela pelo equivalente. No plano do direito material, existem *deveres* de pagar – decorrentes de lei ou de ato ilícito –, e, ao lado das obrigações de fazer etc. obviamente podem ser pactuadas obrigações de pagar quantia. Quando estes deveres e obrigações não são representados por documentos instituídos como título executivos extrajudiciais – por exemplo, contrato particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas (art. 585, II, do CPC) e crédito decorrente de foro e laudêmio (art. 585, IV, do CPC) –, ao credor surge como necessária a propositura de ação voltada à obtenção de tutela pecuniária na forma específica.

Da mesma forma que a ação em que se pede tutela pecuniária pelo equivalente, a ação em que se requer tutela pecuniária na forma específica passa pela fase de conhecimento – nas quais as partes podem debater com profundidade sobre a existência do direito afirmado. Se a sentença reconhecer a obrigação de pagar quantia – ou, em outros termos, for proferida sentença condenatória – e não houver o seu adimplemento, o autor poderá requerer a execução do valor da condenação acrescido da multa (punitiva) de dez por cento, indicando bens à penhora e requerendo a imediata expedição de mandado de penhora e avaliação (art. 475-J do CPC).

A técnica executiva caracterizada pela penhora e pelos atos de expropriação destinados à satisfação do credor – adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública e usufruto de bem móvel ou imóvel (art. 647 do CPC) – e, assim, o procedimento que marca a fase de execução da sentença condenatória, não se confunde com a tutela pecuniária. Trata-se apenas e tão-somente de *técnica executiva* instituída para viabilizar a *tutela pecuniária*. A sentença condenatória e a execução por expropriação são simples técnicas processuais a serviço da prestação da tutela pecuniária.

Isto quer dizer que nem toda tutela pecuniária se submete à execução por expropriação. Como as tutelas pecuniárias variam em conteúdo, na medida da diversidade das situações de direito substancial, não há como pensar que *uma única técnica processual executiva* possa ser idônea a viabilizar *as diferentes tutelas pecuniárias prometidas pelo direito material*.

A tutela pecuniária alimentar, que pode ser devida em razão de lei, convenção ou ato ilícito (os chamados alimentos indenizativos), certamente tem peculiaridades em relação às demais tutelas pecuniárias, sejam pelo equivalente ou específicas. Diante disto, o legislador confere à tutela alimentar técnicas executivas diversas. Como meios executivos, são previstos para a tutela alimentar o desconto em folha (de salário), o desconto em renda, a expropriação e a prisão civil (arts. 732 a 735 do CPC e Lei 5.478/68, com vários dispositivos alterados pela Lei 6.014/73). Além disto, como forma de garantir o pagamento dos alimentos, é concebida a constituição de capital (art. 475-Q do CPC).[1]

Porém, as técnicas executivas variam não apenas em razão das diferentes necessidades em se obter o crédito pecuniário, mas também em virtude das características do executado, que podem exigir procedimento singular. É que ocorre na execução contra a Fazenda Pública. Os bens da Fazenda Pública são regidos por disciplina específica. O seu patrimônio, porque em princípio afetado a uma finalidade pública, não pode ser livremente alienado ou onerado (art. 100 do CC). Ademais, os débitos da Fazenda Pública devem limitar-se ao teto previsto nos orçamentos (ou créditos extraordinários adicionais) aprovados pelo Legislativo (art. 167, II da CF), podendo ser saldados apenas se o montante devido para tanto estiver previamente incluído no orçamento do respectivo órgão. Isto faz com que a técnica executiva voltada à tutela pecuniária contra a Fazenda Pública seja regulada de forma especial, conforme ficará claro mais tarde, quando for analisada, no Capítulo sobre as "execuções especiais", a "execução contra a Fazenda Pública".

Note-se que as *tutelas pecuniárias* prometidas pelo direito material, por serem várias, permite ver que as *técnicas executivas* devem ser diferenciadas, sendo equivocado e impossível imaginar a suficiência de uma única forma processual executiva.

[1] Ver Parte VII, Capítulo 1.

2

Fase Inicial da Execução

2.1 Pagamento voluntário

Sendo exigível o título executivo, cumpre ao devedor promover o imediato pagamento da dívida. Assim, uma vez imponível a sentença condenatória – pela inexistência de recurso recebido com efeito suspensivo ou diante do seu trânsito em julgado –, homologada a transação etc., deve o devedor realizar o pagamento do débito líquido e certo. Sendo inequívoca a existência da obrigação – porque reconhecida por título executivo judicial[1] –, não se justifica que o devedor possa permanecer inerte, em desobediência à ordem jurídica.

O pagamento pode ser efetuado diretamente ao credor ou no processo, depositando-se a importância devida. No último caso, é natural que no valor do pagamento sejam incluídos encargos outros, gerados pelo próprio processo, a exemplo dos honorários advocatícios e das custas processuais. Por isto, o pagamento a que está obrigado o devedor – após a condenação civil ou o surgimento de outro título executivo judicial –, além de abarcar o valor da obrigação original, incluirá outras importâncias decorrentes da instauração do processo, da mora no pagamento voluntário ou de outras razões.

Por causa destes acréscimos, ou em razão da iliquidez (imediata) do próprio título, por vezes o devedor não terá condições de precisar, de imediato, o *quantum* devido. Nestes casos, abrem-se duas possibilidades: será necessário que o credor promova a liquidação do título, conforme já estudado; ou, nos casos em que a apura-

[1] Ainda que provisório, porque discutível em grau de recurso, ao qual a lei, porém, entendeu por negar efeito suspensivo, concluindo pela improbabilidade da alteração do resultado, ou pela necessidade de correr-se o risco da modificação futura, em prol da celeridade processual.

ção do *quantum* depender de mero cálculo, poderá o próprio devedor, prontamente, realizar por si a "liquidação" da condenação, depositando em juízo (ou entregando diretamente ao credor) a importância encontrada. Note-se que, em se tratando de título líquido, ou cuja liquidez se possa atingir mediante simples cálculo, é obrigação do devedor promover o imediato cumprimento da prestação, não se cogitando de qualquer providência a cabo do credor para tornar a condenação exigível.

Diz a lei que o pagamento espontâneo da prestação deve ser feito no prazo de quinze dias, sob pena de incidir o devedor em multa adicional de dez por cento, calculado sobre a importância da condenação (art. 475-J do CPC) ou do saldo devedor, no caso de pagamento parcial (art. 475-J, § 4.º, do CPC).

Este prazo de quinze dias fixado não pode ser considerado regra absoluta. Assim, por exemplo, havendo transação homologada judicialmente, que estipule outro prazo para o pagamento de dívida de valor, seja ele maior ou menor, não mais se cogitará da aplicação do interregno de quinze dias. De modo que o prazo de quinze dias estabelecido no art. 475-J do CPC, deve ser visto como regra subsidiária, aplicável na ausência de outro prazo específico, previsto no título.

Deste modo, a regra a prevalecer é a de que, esgotado o prazo previsto no título ou, ausente esta previsão, o espaço de quinze dias, incidirá sobre o montante devido o acréscimo de dez por cento, que passará a fazer parte da prestação devida ao credor.

2.2 O prazo para pagamento voluntário

O art. 475-J não diz a partir de quando deve ser contado o prazo para o pagamento voluntário da quantia fixada na condenação. Limita-se a dizer que, não efetuado o pagamento no prazo de quinze dias, o valor da condenação deve ser acrescido da multa de dez por cento. Na verdade, como a regra não esclarece quando tem início o cômputo do prazo de quinze dias, também não se tem por certo o instante em que a multa deverá incidir.

Diante disto, seria possível pensar em várias soluções: i) que o prazo tem início com o trânsito em julgado da sentença; ii) que o prazo deve ser contado a partir do momento em que a decisão (ainda que provisória) se tornou eficaz; iii) que é necessário, após o trânsito em julgado ou o momento a partir do qual a decisão se tornou eficaz, novo requerimento do credor; iv) que tal prazo, para fluir, depende de intimação pessoal do devedor; ou v) que basta a intimação do seu advogado.

O efeito condenatório da sentença não se opera apenas com o trânsito em julgado ou com alguma subseqüente comunicação ao réu de que deve cumpri-la. Como sinaliza a própria idéia de "execução provisória" (*rectius*: execução de decisão provisória), o efeito condenatório é capaz de incidir a partir do momento em que contra a sentença condenatória não exista recurso com efeito suspensivo.

Como o recurso de apelação, em regra, deve ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (art. 520 do CPC), a sentença produz efeitos imediatos, na pendência

da apelação, apenas em casos excepcionais. Isto ocorre nas exceções previstas nos próprios incisos do art. 520, no caso em que é julgado procedente o pedido de interdição (art. 1.184 do CPC) e em outras situações previstas em lei esparsas, a exemplo da sentença de procedência proferida no mandado de segurança (art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51).

Quando a sentença produz efeitos na pendência da apelação – o que é exceção – ou na pendência dos recursos especial ou extraordinário – o que é regra (art. 542, § 2.º, do CPC) –, o prazo para o cumprimento da condenação corre no interior do processo, exatamente a partir do momento em que a sentença se torna eficaz. Mais precisamente, o prazo de quinze dias começa a correr a partir do momento em que ao réu é dada ciência da sentença (objeto de apelação) ou da decisão do tribunal (objeto de recurso especial ou de recurso extraordinário).

Em síntese: quando o recurso tem efeito suspensivo, não se inicia a contagem do prazo de quinze dias para o cumprimento da sentença; quando o recurso não tem efeito suspensivo, o prazo flui a partir do instante em que o réu tem ciência da decisão.

Se não há dúvida de que o prazo de quinze dias corre a partir do momento em que a sentença condenatória passa a produzir efeitos, a multa, por conseqüência lógica, será devida a partir do momento em que a sentença não for cumprida, não importando a circunstância de não ter transitado em julgado. Ora, a multa – não obstante tenha natureza punitiva – tem a finalidade de imprimir efetividade à condenação. Cair no equívoco de admitir que a multa somente pode incidir depois do trânsito em julgado implica em ignorar o fato de que ela também objetiva dar efetividade à sentença condenatória e que essa pode produzir efeitos antes da formação da coisa julgada material. Na realidade, querer que a multa incida apenas depois do trânsito em julgado revela a velha e confusa subordinação do efeito sentencial à coisa julgada material ou, em termos mais claros, a falta de percepção de que *o efeito da sentença é independente da coisa julgada material.*

Porém, é certo que, apesar de o recurso não ser dotado de efeito suspensivo, poderá haver motivo que impeça a imediata exigibilidade da condenação. Isto acontece quando o valor da condenação depender de liquidação.[2] Neste caso, deverá o credor promover a liquidação da obrigação. Realizada esta – pela intervenção estatal, nos casos de liquidação por arbitramento ou por artigos – e cientificado o devedor do *quantum* a ser pago, terá curso o prazo de quinze dias, incidindo a multa em caso de inadimplemento.

Note-se que, como na liquidação por simples cálculo, a conta pode ser elaborada pelo devedor, incumbe a ele, a partir do momento em que a sentença se tornou eficaz, realizar a conta em conformidade com os parâmetros fixados na sentença, depositando

[2] Da mesma forma, se a prestação devida depender de contraprestação, o curso do prazo de quinze dias ficará obstado até que o credor cumpra a sua obrigação.

o valor correspondente no prazo de quinze dias. Caso o credor não concorde, poderá levantar o valor depositado e, findo o prazo de quinze dias, iniciar a execução pela diferença, calculando a multa sobre a diferença apurada entre o valor depositado e o que entender devido, conforme prevê o art. 475-J, § 4.º.

De qualquer forma, a regra é a de que o prazo de quinze dias corre a partir do momento em que o efeito condenatório da sentença se torna eficaz. A partir deste momento, tem o devedor o prazo de quinze dias para pagar o valor fixado na condenação. Mas falta esclarecer, ainda, se tal eficácia depende da intimação *pessoal* do devedor.

Como é evidente, a sentença, para produzir efeito, exige a prévia ciência da parte. Todavia, a ciência não ocorre apenas quando a parte é pessoalmente intimada. Qualquer forma que se preste a dar inequívoca ciência ao réu (ou a quem o represente no processo) da condenação é suficiente para dar início ao prazo de quinze dias. Portanto, eventualmente a ciência pode ocorrer por intimação pessoal, dirigida ao devedor, mas também pode assumir a forma de intimação – *dirigida ao advogado* – da sentença ou da decisão que definiu a liquidação (liquidação por artigos ou por arbitramento). Ou melhor, qualquer ato que torne certa a ciência da existência da condenação é bastante para dar início ao fluxo do prazo, sequer se exigindo que se trate de comunicação judicial ou de ato formal de comunicação. O Superior Tribunal de Justiça, aliás, compreendeu que sequer há a necessidade de comunicação específica ao devedor, após o trânsito em julgado da condenação, para ter início o prazo em questão. Segundo se concluiu, bastará o trânsito em julgado da decisão, já que o devedor deve saber que "quem está em juízo sabe que, depois de condenado a pagar, tem quinze dias para cumprir a obrigação e que, se não o fizer tempestivamente, pagará com acréscimo de 10%".[3]

Frise-se que, a partir do instante em que a condenação se torna eficaz, o réu tem o dever de cumpri-la, depositando o valor devido. Portanto, ao interpor recurso sem efeito suspensivo, o réu deve depositar o valor da condenação, pena de ver incidir a multa de dez por cento sobre o montante devido. Porém, exatamente porque esta *condenação é provisória*, o credor não pode levantar o valor depositado sem prestar caução suficiente e idônea – a ser arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos mesmos autos (art. 475-O, III, do CPC) –, sujeitando-se, ainda, à restituição da quantia e à reparação dos eventuais prejuízos sofridos pelo devedor em caso de reforma da decisão (art. 475-O, I e II, do CPC).

2.3 A multa do art. 475-J

Não efetuado o pagamento da condenação no prazo e na forma estabelecidos no título, tem incidência a multa de dez por cento sobre a importância devida (art.

[3] STJ, 3.ª T., REsp 954.859/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 27.08.2007, p. 252.

475-J do CPC). É importante não confundir esta multa com outras imposições semelhantes, presentes no CPC.

A multa em exame tem natureza punitiva, aproximando-se da cláusula penal estabelecida em contrato. Porém, diversamente desta última, a multa do art. 475-J não é fixada pela vontade das partes, mas imposta – como efeito anexo da sentença – pela lei.

Esta multa não tem caráter coercitivo, pois não constitui instrumento vocacionado a constranger o réu a cumprir a decisão, distanciando-se, desta forma, da multa prevista no art. 461, § 4.º, do CPC. O conteúdo coercitivo que pode ser vislumbrado na multa do art. 475-J é comum a toda e qualquer pena, já que o devedor, ao saber que será punido pelo descumprimento, é estimulado a observar a sentença.

Note-se, contudo, que a multa do art. 475-J não pode ser utilizada pelo credor ou pelo juiz como meio executivo, ou para constranger o demandado a cumprir, ao contrário do que ocorre com a multa coercitiva, prevista para a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de dar (art. 461, § 4.º, do CPC). A multa do art. 461 deve ser definida segundo a capacidade econômica do demandado e as circunstâncias do caso concreto, dada a sua nítida e inquestionável finalidade de viabilizar a execução da decisão judicial, enquanto a multa do art. 475-J é fixada pela norma, não importando, para a sua incidência, as particularidades do caso, mas pura e simplesmente o inadimplemento do obrigado.

A multa do art. 475-J também não se confunde com a penalidade estabelecida no art. 14, parágrafo único, do CPC. Segundo essa regra, a parte tem o dever de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não opor embaraços à efetivação de quaisquer provimentos judiciais, sob pena de incidir em multa não superior a vinte por cento do valor da causa, que reverterá para o Estado. Esta multa objetiva punir a parte que comete atos de insubordinação à justiça, tendo um campo de incidência muito mais vasto do que a multa do art. 475-J, limitada à hipótese de descumprimento da condenação.

Em resumo: a multa do art. 461 é instituída *para fazer cumprir*, ao passo que as multas do art. 14, parágrafo único, e do art. 475-J são instituídas *para punir pelo descumprimento*. A multa do art. 14 objetiva tutelar a autoridade do juiz, sancionando a insubordinação da parte, independentemente de obrigação não adimplida no plano do direito material, enquanto que a multa do art. 475-J, embora também voltada a punir pelo desprezo à decisão judicial, sanciona o devedor pelo descumprimento de prestação devida ao credor.

2.4 A instauração da execução e a cumulação de execuções

Alguns títulos executivos judiciais ainda exigem, na sistemática vigente, a propositura de ação de execução. Trata-se dos títulos executivos judiciais formados à distância da "justiça civil", previstos no art. 475-N, II, IV e VI do CPC. São eles: a

sentença penal condenatória, a sentença arbitral e a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Estes títulos, à semelhança do que ocorre com os títulos executivos extrajudiciais, dependerão da propositura de ação de execução, que instaurará o processo respectivo (de execução).

Nos casos de sentença civil dependente de execução, sentença homologatória de conciliação ou de transação, acordo extrajudicial homologado judicialmente e formal ou certidão de partilha (art. 475-N, I, III, V e VII, do CPC), a execução se dá no mesmo processo, em uma nova fase do procedimento, independentemente de nova ação e de novo processo.

Desta distinção decorrem sutis diferenças. Assim, por exemplo, sendo necessário formar processo novo, haverá a necessidade de elaborar petição inicial e citar o executado. Quando a execução se processar por mero incidente processual, será o caso de intimar o executado (o que pode, e, em princípio, deve ser realizado na pessoa do advogado dessa parte), não se cogitando de nova petição inicial. Mais adiante o tema será examinado de forma mais detida, particularizando-se cada uma das situações.

Ademais, quando o título executivo incluir várias prestações, poderá ser necessário cindir o procedimento de execução. Assim, se a sentença determinou um fazer e impôs condenação por perdas e danos, a execução do fazer deverá seguir o rito do art. 461, enquanto a condenação deverá sujeitar-se à iniciativa do requerente, na forma do art. 475-J. Neste caso, o processo continua a ser único – já que a prestação de fazer é executada no mesmo processo em que a sentença (executiva ou mandamental) é proferida, tal como a prestação de pagar –, mas poderá exigir, para evitar tumulto processual, a composição de autos separados para cada prestação, a critério do juiz.

Em todos os casos, seja na execução judicial movida em fase de processo já em curso, seja naquela iniciada por processo novo, aplicam-se ao seu regime, subsidiariamente, as regras que disciplinam a execução de títulos extrajudiciais (art. 475-R do CPC).

2.5 Partes e terceiros

2.5.1 *As partes na execução. Litisconsórcio*

A questão envolvendo os sujeitos parciais da execução pode ser tratada de maneira uniforme em relação às execuções que se processam por *processo* autônomo e às outras que são tratadas em fase de processo já instaurado. Obviamente, no primeiro caso, o problema pode ser ligeiramente mais complexo, porque envolve a determinação *ex novo* das partes do processo, o que não ocorre na execução como fase do processo, em que as partes tendem a manter-se as mesmas da fase anterior (de conhecimento).

As partes na fase de execução são as mesmas que litigaram na fase de conhecimento. O fato de receberem a qualificação de exeqüente e executado, ou de credor

e devedor, nada significa ou altera. Aliás, o uso dos termos credor e devedor pelo próprio Código de Processo Civil (por exemplo, no art. 475-B, § 1.º) obviamente está longe da idéia – que poderia afetar a autonomia da relação processual em face da material – de que o exeqüente seja inequivocamente credor do executado. Como é óbvio, pode suceder, no curso da fase de execução, a conclusão de que o executado nada deve ao suposto credor, demonstrando que a nomenclatura – exeqüente ou credor – decorre de mera praxe.

Eventualmente, na fase de execução, poderá ocorrer a alteração dos sujeitos que compõem os pólos da relação processual, da mesma forma que essa alteração poderia ocorrer na fase de conhecimento. Exemplificativamente, a morte do autor poderá impor a sucessão processual, passando a figurar no processo os seus sucessores ou o seu espólio. Do mesmo modo, a cessão do crédito representado pela sentença condenatória – salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor (art. 286 do CC) –, desde que antecedida da concordância do devedor, fará com que o primitivo autor deixe o pólo ativo do processo, sendo nele sucedido pelo novo credor (art. 42 do CPC). Enfim, qualquer cessionário ou sub-rogado do credor original (art. 567, II e III, do CPC) pode assumir o pólo ativo do processo na fase da execução, desde que a cessão ou a sub-rogação seja viável em relação à prestação objeto da sentença condenatória ou homologatória. Outro caso que merece referência diz respeito às ações coletivas, para as quais a lei estabelece que qualquer dos legitimados para a propositura da ação, mesmo que não tenha participado do feito na fase de conhecimento, pode iniciar a execução (art. 97 do CDC).

No pólo passivo, ordinariamente as partes também serão as mesmas. Porém, poderão ocorrer algumas alterações na fase de execução, nos termos do que prevê o rol do art. 568 do CPC e desde que isto seja permitido pelo título executivo. Segundo o art. 568, o devedor primitivo poderá ser sucedido por seu espólio, herdeiros ou sucessores, havendo sua morte (pessoa natural) ou sua extinção (pessoa jurídica). Por outro lado, havendo, por exemplo, assunção de dívida (art. 299 e ss. do CC), que depende sempre da anuência do credor, poderá a execução dirigir-se contra pessoa distinta do primitivo réu.

Ademais, o fiador judicial (art. 568, IV, do CPC) – que não se confunde com o fiador convencional ou legal[4] – poderá vir a ser sujeito passivo na fase da execução, embora não tenha figurado anteriormente no processo. Quanto ao fiador contratual, esse poderá ser réu na execução, desde que tenha sido condenado na fase de conhecimento. Todavia, mesmo nesta hipótese, o fiador mantém (da mesma forma que o fiador judicial), salvo renúncia expressa, seu direito ao benefício de ordem, podendo,

[4] Súmula 268 do STJ: "O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado". Embora a súmula seja anterior à criação do regime do "cumprimento de sentença", seu raciocínio permanece válido, não se impondo a sentença condenatória emitida contra o devedor principal (no caso, o locatário) ao fiador convencional que não participou da fase de conhecimento.

antes de ver seus bens próprios sujeitos à execução, indicar bens do devedor principal à penhora (art. 595 do CPC). Porém, tendo seu próprio patrimônio sujeito à execução, poderá ulteriormente sub-rogar-se no crédito, exigindo do devedor principal a restituição da importância paga, nos mesmos autos (art. 595, parágrafo único, do CPC). Este mesmo regime se aplica ao sócio, ao responder pelas dívidas da sociedade a que pertence (art. 596 do CPC).

Quanto ao litisconsórcio na execução, pouco de novo se tem a dizer. Basicamente, o regime do litisconsórcio na execução – seja em processo autônomo, seja na fase de execução – será o mesmo da fase de conhecimento.[5] Digna de nota é apenas a observação de que, *em regra*, não há litisconsórcio unitário na execução. Isto porque a execução não tem por objetivo uma sentença – de modo que não se cogita de decisão uniforme da causa –, mas sim um resultado prático no interesse do credor, o que dificultaria imaginar a necessidade de participação de todos os envolvidos. Todavia, haverá, excepcionalmente, casos de litisconsórcio necessário, como é a situação de execução movida contra sócios de pessoa jurídica dissolvida.[6] Aponta-se também como caso de litisconsórcio necessário o da execução movida contra o espólio cujo inventariante seja dativo, que deve ser representado judicialmente por todos os seus sucessores, nos termos do art. 12, § 1.º, do CPC. Porém, esta última situação não representa caso de litisconsórcio, já que a execução é movida *contra o espólio*, sendo os sucessores meros representantes da parte.

2.5.2 *A intervenção de terceiros na execução*

A intervenção de terceiros, tanto na fase de execução, como em processo de execução autônomo, é excepcional e, em regra, proibida. Isto decorre da função das intervenções de terceiros, normalmente ligadas à obtenção de um benefício próprio ou à exclusão de um prejuízo, o que se dá, em princípio, por sentença, que não é objetivo da execução.

Com efeito, imagine-se a oposição. Essa pode ser oposta sempre que alguém reivindica bem ou direito para si, que é objeto do litígio das partes na fase de conhecimento. É evidentemente inimaginável a compatibilização desta intervenção de terceiros com a função desenvolvida pela execução. Ou a intervenção já deveria ter ocorrido anteriormente (na fase de conhecimento), ou não tem mais cabimento discutir a questão na fase de execução da sentença.

Da mesma forma, é inviável encontrar finalidade para a nomeação à autoria na execução. Se essa intervenção se destina à correção do pólo passivo do processo, obviamente seu tempo há de anteceder a sentença. Se a sentença reconheceu no réu

[5] Remete-se o leitor às considerações feitas em Luiz Guilherme Marinoni, *Processo de conhecimento* (*Curso de processo civil*, v. 2), Parte II, Capítulo 7.

[6] Ver Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, p. 243.

o devedor da prestação buscada pelo autor, não será por meio da nomeação à autoria, como é evidente, que aquele poderá esquivar-se do adimplemento.

Identicamente, não se pode cogitar do cabimento da denunciação à lide ou do chamamento ao processo em tal fase. Como essas intervenções visam à obtenção de um título (de regresso ou de solidariedade, respectivamente), não se compatibilizam com a função da execução, na medida em que aqui não há prolação de sentença sobre relação jurídica.

A única intervenção de terceiro que a jurisprudência admite na execução, e mesmo assim com certa resistência, é a assistência.[7] Desde que o terceiro possua interesse jurídico na solução da execução – por exemplo, visando evitar eventual responsabilidade subsidiária pelo pagamento de certa dívida, ou para assegurar o proveito da aquisição de bem penhorado – poderá intervir como assistente, quer do credor, quer do devedor, conforme o caso, não importando a forma assumida pela execução.

2.5.3 *O cônjuge do executado e sua situação na execução*

Não é difícil imaginar que, em execução movida contra um dos cônjuges, venha a ser penhorado bem comum do casal, importando, conseqüentemente, em prejuízo para o cônjuge que não é parte. De outro lado, é fácil perceber que toda execução processada contra um dos cônjuges poderá afetar, ainda que indiretamente, o outro, na medida em que reduzirá o patrimônio do casal. Como, então, deve ser tratado o cônjuge que não é parte?

A isto responde o Código de Processo Civil, dizendo, no art. 592, IV, que respondem pelas dívidas do devedor os bens de seu cônjuge, nos casos em que seus bens próprios, reservados ou de sua meação responderem por ela. Nos termos do que prevêem os arts. 1.643 e 1.644 do CC, as dívidas contraídas para a manutenção da economia doméstica obrigam ambos os cônjuges. Também, no regime de comunhão parcial de bens e no de participação final nos aqüestos, as dívidas que revertam em prol do casal têm como garantia o patrimônio comum, ainda quando contraídas apenas por um dos cônjuges (arts. 1.659, IV, 1.663, § 1.º, 1.644 e 1.677 do CC). No regime de comunhão universal de bens, todas as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges estão garantidas pelo patrimônio comum (art. 1.667 do CC), excluídas apenas as arroladas no art. 1.668 do CC.

De outro lado, e independentemente do regime de bens do casal, prescreve o art. 655, § 2.º, do CPC que, sempre que a penhora recair sobre bem imóvel, dela deverá ser intimado o cônjuge do executado. Substancialmente, esta intimação tem servido para que o cônjuge que não é parte possa defender seus interesses contra a

[7] STJ, 1.ª S., CC 48.154, rel. Min. Denise Arruda, *DJ* 02.10.2006; STJ, 3.ª T., REsp 436633, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 22.05.2006.

possível repercussão dos atos materiais de expropriação que devem ocorrer. Admite-se tal defesa por meio de duas vias: ou pela impugnação à execução, ou por meio de embargos de terceiro (art. 1.046, § 3.º, do CPC).

A primeira via será utilizada sempre que o cônjuge reconheça que seus bens próprios, reservados ou sua meação respondem pela dívida objeto da execução. Neste caso, o cônjuge poderá se valer da impugnação com o mesmo proveito do devedor. Assim, poderá, por exemplo, discutir excesso de penhora, invalidades da execução ou cumprimento da prestação.

Já o uso dos embargos de terceiro pelo cônjuge está reservado à hipótese em que o terceiro acredita que seus bens próprios, reservados ou sua meação *não respondem pela dívida objeto da execução*. A função desta forma de defesa, portanto, é apenas a de *excluir* os bens do cônjuge ou sua meação da responsabilidade patrimonial da execução em curso.[8]

Vê-se, portanto, que a opção entre o uso da impugnação ou dos embargos de terceiro dependerá daquilo que o cônjuge pretenda alegar em seu favor. Se sua intenção for a de discutir os termos da execução, deverá valer-se da impugnação; se desejar apenas excluir seus bens da responsabilidade pela dívida, terá de utilizar os embargos de terceiro.

2.6 Competência

Diz o art. 475-P do CPC: "O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I – os tribunais, nas causas de sua competência originária; II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição; III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira. Parágrafo único. No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o exeqüente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem".

Nos casos dos incisos I e II, a regra é bastante simples, fixando-se a competência para a execução no mesmo órgão jurisdicional que atuou na fase de conhecimento. Se este órgão, em que pese a ulterior existência de recurso, é de primeiro grau de jurisdição, aí deverá ser iniciada a execução. Se o órgão primitivo é um tribunal, será competente o órgão fracionário do tribunal que proferiu a decisão exeqüenda. No caso de ação rescisória, por exemplo, é competente o órgão do tribunal (Câmara ou Turma) que proferiu o acórdão.

[8] Súmula 134 do STJ: "Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação".

Esclareça-se que é comum, nas execuções cuja competência é de tribunal, a delegação das atividades executivas ou materiais ao primeiro grau.[9] Apesar disto, somente o tribunal terá, em tais casos, competência para os *atos decisórios*, uma vez que a sua competência é funcional e, portanto, absoluta.

Quando a execução deve se realizar perante o juízo que processou a causa em primeiro grau de jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), confere-se ao exeqüente a oportunidade de optar por outro juízo para a execução, precisamente "pelo juízo do local *onde se encontram* bens sujeitos à expropriação ou pelo *do atual* domicílio do executado" (art. 475-P, parágrafo único).

A regra objetiva facilitar a atividade do credor. A localização e a expropriação de bens em local diverso do juízo da execução é procedimento demorado e oneroso, realizando-se por meio de cartas entre o juízo da execução e o juízo do local em que estão os bens. Ao admitir que o credor possa escolher o juízo dos bens para realizar a execução, o legislador visa tornar o processo mais rápido e menos custoso, beneficiando, neste último caso, inclusive ao executado.

Ao permitir que a execução se processe no juízo do novo domicílio do executado, o legislador mais uma vez objetiva dar-lhe maior efetividade, uma vez que os bens expropriáveis podem estar aí localizados. De qualquer forma, esta modificação de competência acaba sendo benéfica ao executado e certamente não lhe traz qualquer prejuízo.

Na verdade, as duas hipóteses de modificação de competência, apesar de instituídas em favor do exeqüente, são benéficas ao executado, na medida em que ambas objetivam reduzir os custos e a última permite o processamento da execução no juízo do novo domicílio do demandado.

Trata-se, de todo modo, de opção do credor, que há de eleger o foro da execução segundo a sua preferência. Ao escolher outro juízo que não o da fase de conhecimento, deverá requerer ao juízo em que os autos se encontram (juízo da fase de conhecimento) a remessa dos autos ao juízo eleito. O novo juízo passará a ter competência para todo e qualquer incidente que venha a surgir no curso da execução, devendo processar e julgar a impugnação e os embargos de terceiro, por exemplo.

Ao se dar ao exeqüente a opção de eleger o juízo que deve processar a execução, deixa-se de lado a norma do art. 87 do CPC, que dá origem ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Este artigo afirma que *se determina a competência no momento em que a ação é proposta*, sendo "irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia".

[9] Diz o art. 102, I, *m*, da Constituição Federal que é da competência do Supremo Tribunal Federal "a execução de sentença nas causas de sua *competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais*".

Como a ação não mais termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, prosseguindo na fase de execução da sentença, a opção outorgada ao exeqüente faz com que a competência, fixada no momento em que a ação foi proposta, seja alterada.

Ademais, como o juízo competente pode ser eleito pela parte, a competência deixa de ser absoluta. Isto não quer dizer, porém, que o executado não tenha como argüir a incompetência do juízo, no caso em que, por exemplo, o exeqüente requer o processamento da execução em outro juízo de má-fé, visando dificultar a defesa.

Nesta situação, alterada a competência no curso do processo – não incidindo o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* –, eventual argüição de incompetência jamais terá como alvo a definição do juízo pela ação, mas sim a definição do novo juízo pelo requerimento de execução. A argüição de incompetência estará tomando em conta circunstância posterior à definição do juízo competente para a ação, devendo ser aplicado, assim, o art. 305 do CPC, que diz que a parte pode oferecer exceção, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, no prazo de quinze dias contado do fato que ocasionou a incompetência. Neste caso, o art. 305 estará sendo aplicado em hipótese de incompetência relativa, o que é justificável, diante da norma que outorga à parte o poder de alterar a competência do juízo no curso do processo.[10]

Quanto aos demais casos – sentença penal condenatória, sentença arbitral ou sentença estrangeira –, a competência se define a partir dos critérios comuns, devendo o legitimado ajuizar a ação de execução destas sentenças no juízo cível competente.

Observe-se que a sentença penal condenatória, ainda que oriunda da Justiça Federal, deve ser executada no juízo cível comum estadual, salvo se a vítima for entidade sujeita ao juízo federal (art. 109 da CF).

No que diz respeito à sentença arbitral, a ação de execução deverá ser ajuizada perante o juízo cível que seria competente para julgar o litígio resolvido pelo juízo arbitral. Frise-se que, ainda que tenha sido proposta ação de instituição da arbitragem[11] perante juízo cível diverso do competente para a solução do litígio, sem que nada tenha sido argüido pelo réu, isto não quer dizer que tal juízo tenha se tornado

[10] Ver Pedro Luiz Pozza, Comentários ao art. 475-P do CPC, *A nova execução*, p. 220-221.

[11] Quando as partes, de comum acordo, não definem a forma de instituir a arbitragem, o interessado deve notificar a outra parte para que, em dia, hora e local certos, seja firmado o compromisso (art. 6.º da Lei da Arbitragem). Caso não se chegue à formação voluntária do compromisso, a parte interessada terá que propor ação judicial de formação do compromisso, cuja competência é do órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa (art. 6.º, parágrafo único, Lei da Arbitragem). Se a ação de instituição de arbitragem é proposta perante juízo incompetente – por exemplo, no juízo do domicílio do autor – e nada é alegado pelo réu, isto obviamente não quer dizer que a ação de execução da sentença arbitral passou a ser de competência do juízo de domicílio do autor e não mais do juízo originariamente competente para julgar o litígio definido pelo juízo arbitral.

competente para a ação de execução. Competente para a ação de execução é o juízo ao qual caberia julgar o litígio, pouco importando se outras ações, relacionadas com a arbitragem, foram processadas em juízos cíveis distintos.

Segundo o art. 109, X, da Constituição Federal, compete ao juiz federal executar a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, da CF). A competência é do juízo federal de primeiro grau, devendo ser concretizada com base nas regras de competência estabelecidas no Código de Processo Civil.

2.7 O pleito executivo

O requerimento para o início da execução de títulos judiciais pode ocorrer de duas formas distintas, conforme a espécie de título de que se trate. Recorde-se que alguns títulos judiciais devem formar processo novo, enquanto outros são executados internamente a processos já instaurados. Em ambos os casos, o início da execução depende de impulso do credor, não se realizando *ex officio*.

Portanto, havendo a formação do título executivo, aguardará o Judiciário a manifestação de interesse do credor para dar início ao cumprimento da sentença. No caso de execução que se processa em *fase* de processo antes instaurado, o pedido de execução é feito através de mero requerimento, elaborado sem maiores formalidades. Bastará à peça processual a indicação da vontade do credor em ver iniciada a execução, somada à apresentação do *quantum debeatur*. O único requisito imposto pela lei para este requerimento é o de fazer acompanhar a petição com a memória de cálculo elaborada pelo credor, o que, aliás, só poderá acontecer nos casos em que a apuração do valor da execução dependa de simples processo aritmético (art. 475-J do CPC).

Se a execução se processar por processo autônomo, deverá haver, como sempre, a elaboração de uma petição inicial, seguindo os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC. Na petição inicial, deverá o exeqüente indicar a quem é dirigida, qualificar as partes, fazer a exposição, ainda que sumária, da causa de pedir – que refletirá o título executivo –, apresentar o pedido, requerer a citação do réu (art. 475-N, parágrafo único, do CPC) e dar valor à causa.

Em regra, não há razão para o requerimento de prova (art. 282, VI, do CPC), dada a própria função da execução. Todavia, haverá casos em que provas poderão ser requeridas, como ocorre em execuções sujeitas a condição ou termo, ou ainda em execuções de obrigações sinalagmáticas – em que o credor deverá comprovar ter cumprido com sua prestação na relação jurídica (arts. 572, 582 e 615, IV, do CPC).

A petição inicial deverá vir acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação. Basicamente, deverá ser acostado o título executivo – que, nesses casos, é originário de outro processo, judicial ou não –, a memória discriminada do cálculo, em casos em que a liquidação do título se dê apenas por operação matemática,

e as provas da condição, do termo ou do cumprimento da contraprestação devida pelo credor (art. 614 do CPC[12]).

Ao contrário do que sucede com os títulos extrajudiciais, o título judicial não precisa ser exibido em seu original, o que, em princípio, é até inviável. Note-se que estes títulos geralmente estão em outro processo (por exemplo, o processo penal), não se podendo retirar o documento para fazer acompanhar a execução. Bastará, portanto, apresentar certidão ou cópia autenticada do título executivo, apenas excepcionalmente exigindo a lei outras peças (como ocorre na execução provisória – art. 475-O do CPC) para satisfazer o requisito.

Tanto no caso de requerimento, como na hipótese de petição inicial, deverá o pleito executivo indicar de modo claro o valor a ser executado – descrevendo, como já observado, o cálculo desenvolvido para se chegar neste montante. Este valor, obviamente, não estará limitado ao valor da dívida, mas incluirá as prestações acessórias ligadas à prestação (reconhecidas pelo título executivo ou impostas pela lei, a exemplo dos juros legais e da correção monetária) e também ao processo (por exemplo, custas e honorários de sucumbência). Sobre este valor total, incidirá o valor da multa de dez por cento, que igualmente deverá ser descrita no requerimento de execução.

Em razão do silêncio da lei, seria possível pensar que nada é devido a título de honorários de advogado na execução da sentença condenatória. Porém, se o advogado certamente não pode ser obrigado a trabalhar de graça, não há como deixar de exigir do réu – *que torna necessária a execução* – os honorários do advogado do autor, já que de outra forma estará sendo negado o princípio *de que o processo não pode prejudicar a parte que tem razão*. Assim, o juiz também deve agregar o valor dos honorários de advogado (devido pela execução) ao valor que está sendo executado, sob pena de violar os direitos fundamentais processuais e a lógica do sistema, que resolveu impor multa de dez por cento ao réu *para forçá-lo ao adimplemento voluntário*. Se, antes da Lei 11.232/2005, era absolutamente comum o réu não cumprir a condenação, ainda que sabedor de que teria de pagar os honorários de advogado na ação de execução, não haverá qualquer efeito em impor a pena de dez por cento e eliminar a necessidade de o réu pagar os honorários de advogado na fase de execução. Ademais, é logicamente inconcebível atrelar os honorários de advogado à existência de *ação*, ou seja, de *ação* de execução e não de *fase* de execução. Como é óbvio, honorários não têm relação com ação, mas sim com retribuição por trabalho.

Poderá o credor, desde logo, indicar os bens que pretende ver penhorados na execução (art. 475-J, § 3.º, do CPC), preferencialmente apontando a sua localização. Neste caso, estes bens deverão ser procurados pelo oficial de justiça, ainda que, ao não localizá-los, logicamente deva procurar outros bens penhoráveis. Ademais, não

[12] O art. 614, I, do CPC, em sua atual redação, indica a obrigatoriedade de anexar o título executivo *extrajudicial* à petição inicial. Porém, é óbvio que, no caso de ação de execução fundada em título executivo judicial, impõe-se a apresentação do título executivo *judicial*.

havendo qualquer indicação, caberá ao oficial de justiça localizar e penhorar os bens que entender viáveis.

Apresentado o pleito executivo, caberá ao juiz examiná-lo, admitindo-o ou não. Admitido o pleito, será determinada a expedição de mandado de penhora e avaliação, a ser cumprido pelo oficial de justiça (art. 475-J do CPC). Havendo defeito na petição, esse pode ser sanável ou não. Existindo defeito insanável – porque, por exemplo, o caso não comporta execução –, será o pleito indeferido. Caso o defeito seja sanável, deverá o juiz, em qualquer dos casos, determinar a emenda do pleito executivo no prazo de dez dias (art. 616 do CPC). Tendo o exeqüiente sanado o defeito, emendando seu requerimento, deverá ser admitida a execução, dando-se seqüência ao procedimento. Não corrigido o vício, deverá ser indeferido o requerimento de execução. Na execução da sentença condenatória, não deverá o juiz, ao não ser emendado o requerimento, extinguir o processo. O processo em que houve sentença condenatória ficará latente, aguardando requerimento hábil de execução, até que se extinga o direito do credor à via executiva.[13]

2.8 Os efeitos do início da execução. A prescrição

Na hipótese de ação de execução, realizada a citação válida do executado decorrerão os seus efeitos (art. 219 do CPC). A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa, e, ainda quando determinada por juízo incompetente, induz em mora o devedor e interrompe a prescrição.

Diante da inexistência de regra específica tratando da prescrição em relação aos títulos executivos judiciais, a sua verificação poderia ter suscitado maior questionamento no regime antecedente à Lei 11.232/2005, ou na época em que a execução sempre dependia de ação. Porém, o tema tornou-se incontroverso, sendo pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de que o prazo prescricional da ação de execução é o mesmo que é fixado para a ação de conhecimento.[14]

Porém, o problema que agora deve ser enfrentado deriva da nova sistemática da execução da sentença condenatória, pela qual o processo não se encerra com a sentença, mas prossegue para a sua execução. Neste caso, *não há citação*, mas apenas *intimação* do devedor para oferecer impugnação à execução. Em razão disto, surge dificuldade em pensar na interrupção da prescrição em conformidade com os arts. 219 do CPC e 202 do CC.

Sabe-se que a execução da sentença civil não mais necessita de ação, constituindo-se em fase do processo instaurado pela ação em que o autor *pede a tutela do direito mediante o pagamento de quantia certa, e não mais apenas a sentença condenatória*.

[13] Ver Guilherme Rizzo Amaral, Comentários ao art. 475-J, *A nova execução*, p. 128-129.

[14] Súmula 150 do STF: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

Inexistindo ação de execução, não se pode imaginar o curso de prazo prescricional entre a data do trânsito em julgado da sentença condenatória e a execução. Ademais, diz o art. 202, parágrafo único, do CC, que "a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, *ou do último ato do processo para a interromper*" (grifos nossos).

A partir destes elementos, seria possível formar a idéia de que não existe prescrição da execução que se realiza em fase do processo, de modo que, obtida a sentença condenatória com trânsito em julgado, poderia o credor, a qualquer tempo, dar início à execução.

Ocorre que é estranha ao sistema nacional a sujeição eterna do devedor – ou melhor, do seu patrimônio – ao credor. Evidentemente, não foi esta a intenção do legislador ao conceber a execução como fase do processo. Assim, em que pese a conclusão que poderia ser formada a partir de uma interpretação literal das normas, esta não é a solução que melhor se amolda ao sistema.

É certo que a lei não indicou o prazo prescricional da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia. Vale notar que o prazo a que se refere o art. 475-J, § 5.º, do CPC,[15] não trata de prescrição, mas apenas da necessidade de se aguardar a iniciativa executiva do credor pelo prazo de seis meses, a partir do qual o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo do seu posterior desarquivamento, a pedido da parte.

Embora a lei não tenha fixado prazo para o início da fase de execução, deve haver a limitação temporal da sujeição dos bens do devedor ao credor, sob pena de se conceber limitação indeterminada da liberdade individual. A inexistência de prazo explicitamente fixado para a execução de títulos judiciais não inibiu o Judiciário de concebê-lo à época em que a sentença condenatória dependia de ação para ser executada, e não pode impedi-lo, em face do regime atual, de novamente impor tal condição.

A solução está na figura da *prescrição intercorrente*. Diz-se que a prescrição intercorrente é aquela que se verifica *no curso do processo*, e não antes da propositura da ação e da instauração do processo, como ocorre com a prescrição clássica. A rigor, não se trata de prescrição, já que a sua incidência no curso do processo impede a sua caracterização como extinção de uma nova pretensão.[16] Trata-se de figura anômala – muito mais parecida com a perempção ou com a preclusão do que com a prescrição –, criada pela doutrina e hoje contemplada por alguns preceitos legais,[17] que faz extinguir o processo por inação da parte.

[15] Art. 475-J, § 5.º: "Não sendo requerida a execução no prazo de 6 (seis) meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte".

[16] O art. 189 do CC define a prescrição nestes termos: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

[17] Por exemplo, art. 40, § 4.º, da Lei 6.830/80.

Já era corrente entender que a paralisação do processo de execução por período superior ao prazo de prescrição da pretensão acarretava a prescrição intercorrente.[18] O mesmo entendimento deverá subsidiar a questão do início da fase de execução: feito o requerimento depois de transcorrido o lapso necessário à caracterização da prescrição da pretensão (à tutela do direito material mediante o pagamento de quantia certa), ocorrerá a prescrição intercorrente, devendo o juiz extinguir o feito, inviabilizando a execução da sentença condenatória.

A solução é a que melhor se coaduna com o sistema vigente, que não se conforta com a sujeição indeterminada do devedor ao credor. Passado o prazo prescricional da pretensão,[19] contado entre o trânsito em julgado da sentença e o protocolo do requerimento de execução, será inviável a execução da sentença, devendo ser extinto o processo.

Pode acontecer de a satisfação da pretensão, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, ser obstada por alguma causa (por exemplo, obtenção de efeito suspensivo em ação rescisória). Neste caso, como é evidente, não incide o regime da prescrição intercorrente, pena de se criar situação insustentável para o credor, em que seu direito prescreverá mesmo não havendo inação de sua parte.

[18] STJ, 1.ª S., AgRg nos EREsp 755130, rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 04.09.2006; STJ, 2.ª T., REsp 821401, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 15.09.2006; STJ, 4.ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Jr., REsp 777305, *DJ* 24.04.2006.

[19] Formulada na ação que deu origem ao processo, que levou à prolação da sentença condenatória.

3

Penhora

3.1 Penhora. Definição. Efeitos

Requerida a execução da sentença condenatória, cumpre ao juiz, imediatamente, determinar a expedição de mandado de penhora e avaliação dos bens sujeitos à execução (art. 475-J do CPC).

A penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas (art. 591 do CPC e art. 391 do CC). Por meio da penhora, são individualizados os bens que responderão pela dívida objeto da execução. Assim, a penhora é o *ato processual pelo qual determinados bens do devedor (ou de terceiro responsável) sujeitam-se diretamente à execução.*

Realizada a penhora, os bens constritos tornam-se indisponíveis para o devedor – que não pode aliená-los ou onerá-los eficazmente. A penhora não retira do titular a propriedade do bem, mas torna inoperante o poder de disposição sobre ele. Vale dizer que qualquer ônus real, alienação *ou, enfim, qualquer ato que retire o valor de comercialização*[1] de bens penhorados *é ineficaz em relação à execução em que a penhora se deu.*

[1] A exemplo da locação sem o consentimento do credor. Ver Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, p. 921.

Não se trata de hipótese de invalidade, já que a alienação ou o ônus real imposto ao bem é *válido* para os sujeitos que participaram destas relações jurídicas. Tais atos apenas não produzem efeitos diante da execução, de modo que o bem, *para a execução*, permanece respondendo pela dívida do executado, como se não tivesse qualquer gravame. A rigor, tal efeito não decorre propriamente da penhora, mas sim da citação válida, uma vez que, a partir daí, considera-se em fraude à execução qualquer ato de oneração ou de alienação de bem que repercuta negativamente na capacidade do devedor saldar seus débitos (art. 593, II, do CPC).[2] Em relação aos terceiros, haverá presunção absoluta de má-fé na participação nos atos que importem diminuição da negociabilidade do bem, desde que haja a averbação da penhora no órgão respectivo (art. 615-A, § 3.º, do CPC).

A penhora também gera certa preferência legal sobre o produto da venda do bem. Porque é possível a incidência de várias penhoras sobre um mesmo bem, poderá surgir a questão de se saber como se dará o pagamento dos créditos após a sua alienação. Ausente motivo que estabeleça preferência especial, é a penhora que determinará, no concurso de credores sobre o produto da venda do bem, a ordem de satisfação dos créditos (art. 612 do CPC).

Decorre ainda da penhora a alteração no regime da posse ostentada em relação ao bem penhorado. Feita a penhora, o bem deve ser depositado em mãos de uma das partes da execução ou em mãos de terceiros,[3] a fim de que seu estado seja preservado para a futura alienação. Este depósito, mesmo quando o depositário seja o devedor – sem, portanto, que haja alteração fática da localização da coisa – implicará modificação na situação da posse do bem. Aquele que tiver consigo a coisa penhorada (seja o devedor, seja outra pessoa), terá posse *na condição de depositário*, não podendo dela se utilizar livremente, ou perceber inadvertidamente os frutos do bem etc.

Além disto, o depositário, em razão da sua condição, tem o dever de restituir a coisa imediatamente após ser advertido a tanto pelo juiz. Não a restituindo, assumirá a condição de *depositário judicial infiel*, sujeitando-se a prisão civil, a ser decretada na própria execução e independentemente do ajuizamento de ação de depósito (art. 666, § 3.º, CPC).

Considera-se realizada a penhora diante da lavratura do auto ou do termo de penhora. Não é necessário que ocorra o depósito ou a remoção da coisa para que o ato seja considerado perfeito e acabado, não obstante a redação do *caput* do art. 664 do CPC. Quer dizer que os efeitos acima apontados incidem a partir da data da lavratura do termo ou do auto de penhora, ainda que o depósito da coisa ocorra posteriormente.

[2] Ver Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, cit., p. 546.

[3] Ver, *infra*, item 3.4.2.

3.2 Responsabilidade patrimonial

Foi antes observado que, em princípio, estão sujeitos à responsabilidade pela dívida, até o seu limite, todos os bens do devedor, existentes no momento da execução e/ou adquiridos posteriormente (art. 591 do CPC e art. 391 do CC). Porém, a rigor esta idéia não é precisa, na medida em que: i) há bens do devedor não sujeitos à penhora e, portanto, à execução; e ii) há bens de terceiros que se sujeitam, por determinação legal, à execução.

Embora exista discussão sobre a natureza das regras que dizem respeito à responsabilidade patrimonial, afigura-se acertada a posição que lhes atribui índole *processual*.[4] Conquanto a determinação da obrigação, da prestação e de seus elementos pertença ao campo do direito material, cabe ao direito processual regular a *exigibilidade judicial do cumprimento das prestações*, decorrendo daí a natureza processual das regras – sobre a responsabilidade em geral (pessoal ou patrimonial) – incidentes em razão da violação de relação jurídica prestacional. Em decorrência disto, por exemplo, na sucessão de leis sobre a responsabilidade patrimonial, aplicar-se-á o critério do *isolamento dos atos processuais*, aplicando-se a lei nova aos atos processuais (penhoras, alienações etc.) ainda não ocorridos e preservando-se os atos realizados antes da edição do novo regime, independentemente do momento em que a obrigação tenha sido constituída.[5]

3.2.1 Bens do devedor não sujeitos a penhora

A lei brasileira, observando critérios humanitários ou particularidades de certas situações de direito material, ressalva determinados bens da responsabilidade por dívidas (art. 648 do CPC). Tais bens são excluídos da responsabilidade patrimonial. Aliás, a execução contra a Fazenda Pública, exatamente por isto – considerando-se que os bens públicos são impenhoráveis por sua própria natureza –, possui procedimento totalmente diferenciado.[6]

Há bens que, nos termos do Código de Processo Civil, são considerados absolutamente ou relativamente impenhoráveis, o que os exclui, por conseqüência, do alcance da execução. Prevê a lei processual duas formas de impenhorabilidade: a *absoluta* e a *relativa*. A primeira é, em linhas gerais, disciplinada pelo art. 649 do CPC, enquanto a impenhorabilidade relativa vem tratada logo a seguir, no art. 650.

A relação de bens contemplada nestas regras não é exaustiva, de modo que há outros casos de impenhorabilidade, como o das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.036/90). Ainda assim, o

[4] Ver Teori Albino Zavascki, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 248-249.

[5] Em sentido contrário, porém, ver a Súmula 205 do STJ: "A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência".

[6] Ver, adiante, o capítulo próprio.

amplo rol previsto em tais normas dá conta da dificuldade por vezes encontrada pelos credores para a satisfação de seus créditos.

3.2.1.1 Impenhorabilidade absoluta

O rol do art. 649 do CPC apresenta amplo elenco de bens que não se sujeitam de forma alguma à execução, porque impenhoráveis. Essa exclusão absoluta da execução é que dá a idéia de impenhorabilidade absoluta. Ainda que não haja outros bens do devedor passíveis de serem arrecadados pela execução, os bens apontados na regra estão a salvo da responsabilidade patrimonial do devedor.

De acordo com o art. 649 do CPC, são absolutamente impenhoráveis: "I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo; V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI – o seguro de vida; VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X – até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança".[7]

A impenhorabilidade não é oponível à execução do crédito concedido para a aquisição do próprio bem (art. 649, § 1.º, do CPC). Identicamente, para o pagamento de pensão alimentícia, a impenhorabilidade descrita no inciso IV do artigo transcrito – referente à remuneração em geral e ao montante percebido pelo trabalho ou para o sustento do devedor – não tem incidência (art. 649, § 2.º, do CPC).

Vários e importantes bens impenhoráveis são agrupados sob o conceito de "bem de família". Trata do tema a Lei 8.009/90, indicando que o imóvel urbano ou rural que serve de residência da família – assim como as plantações, as benfeitorias e os equipamentos ou móveis que guarnecem a casa – é impenhorável, salvo para a cobrança de determinadas dívidas, instituídas no art. 3.º da referida lei.[8]

[7] Artigo com a redação dada pela Lei 11.382/2006.

[8] "Art. 3.º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II – pelo titular

A jurisprudência tem dado interpretação alargada e, às vezes, até mesmo exagerada, às hipóteses de impenhorabilidade contempladas pela lei, aplicando-as à pessoa solteira e a bens evidentemente desnecessários à manutenção da vida normal da entidade familiar, a exemplo de garagens de apartamento residencial, máquinas de lavar louças, fornos de microondas e aparelhos de ar condicionado.

O exagero no elenco de bens a que se confere essa impenhorabilidade, ao contrário de proteger o devedor, acaba por prejudicá-lo, pois o comércio exige maiores garantias para permitir que qualquer pessoa possa realizar compras e financiamentos. Desta forma, impõe-se a limitação da extensão dada a esta impenhorabilidade, *nos moldes da atual redação do art. 649 do CPC*, limitando-se a impenhorabilidade aos bens imprescindíveis à manutenção do padrão *médio* de vida da entidade familiar.

Entende-se que a impenhorabilidade em questão – até porque visa à proteção da *família* – não pode ser objeto de renúncia, não podendo o devedor oferecer tais bens à penhora de forma válida. Todavia, fica afastada a proteção da impenhorabilidade caso se demonstre que o devedor adquiriu o imóvel de má-fé, estando em condição de insolvência (art. 4.º, *caput*, da Lei 8.009/90).

Estabelece ainda a Lei 8.009/90 (art. 5.º, parágrafo único) a possibilidade de o titular de mais de um imóvel eleger o bem que deseja ver constituído como "bem de família", não importando que este não represente a residência familiar, fazendo inscrever essa condição no registro do imóvel. Não havendo indicação expressa do devedor, considerar-se-á como bem de família o de menor valor.

A Lei 11.382/2006, enquanto projeto, contemplava limitações em relação à impenhorabilidade absoluta, admitindo a penhora de imóvel, ainda que considerado bem de família, desde que de grande valor (superior a mil salários mínimos) e também de parcela de salário de alta monta (quarenta por cento do total recebido mensalmente, desde que superior a vinte salários mínimos). Todavia, estes dispositivos, contidos nos arts. 649, § 3.º, e 650, parágrafo único, do projeto, foram vetados.[9] A razão do veto simplesmente afirmou[10] – não obstante a razoabilidade da limitação – a contrariedade

do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III – pelo credor de pensão alimentícia; IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação". A doutrina discute a constitucionalidade deste último inciso, acrescido pela Lei 8.245/91. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, ao julgar o RE 407688/SP (Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU* 06.10.2006, p. 33), concluiu pela sua constitucionalidade.

[9] Mensagem de Veto 1.047, de 6 de dezembro de 2006.

[10] "O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado. A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, 'caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade'. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei 8.009, de 1990, que 'dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família', no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo".

dos dispositivos à tradição jurídica brasileira, alegando a necessidade de um melhor e mais aprofundado debate da questão na comunidade jurídica e na sociedade.

O veto presidencial a projeto de lei só pode ocorrer em face de inconstitucionalidade ou por ser a regra contrária ao interesse público (art. 66, § 1.º, da CF). Contudo, as próprias razões do veto evidenciam que as regras não incidiam em nenhuma das duas hipóteses. O veto adverte à razoabilidade das previsões, que corrigiriam o excesso decorrente da ilimitada aplicação dos dogmas da impenhorabilidade do salário e do bem de família. Frise-se que o veto chega a sublinhar expressamente, quanto à penhora de parcela de salários, que "é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar".

O motivo apontado para o veto é apenas a necessidade de maior amadurecimento das propostas contidas nas regras, o que, evidentemente, não constitui razão suficiente para autorizá-lo. O espaço para a discussão da viabilidade de nova disciplina jurídica é exatamente o Legislativo, não se admitindo que o Executivo possa alegar, não obstante a decisão legislativa pela instituição da regra, que o seu conteúdo deve ser melhor discutido.

Em conta disso, parece manifesta a inconstitucionalidade do veto presidencial aposto, que merece ser reconhecido, de forma a tornar aplicáveis as regras em questão. Não se alegue, a respeito, que esse controle de constitucionalidade seria inviável na medida em que deveria ter sido feito pelo Legislativo – que poderia rejeitar o veto. Embora coubesse, de fato, ao Legislativo essa providência, isso não exclui a possibilidade de que esse controle seja feito também pelo Poder Judiciário.[11] Outrossim, esse controle tanto pode ocorrer por via direta como por via incidental, de modo que

[11] Admitindo o controle jurisdicional do processo legislativo, ver STF, Pleno, ADIn 3.146-5, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU* 19.12.2006, p. 35.

qualquer juiz pode – e deve – afastar o veto presidencial em questão, admitindo a penhora nos termos dos preceitos aqui tratados.

Além disto, o veto viola frontalmente a cláusula da proibição de proteção insuficiente (*untermassverbot*). De fato, ao vedar a penhora sobre parcela de altos salários ou sobre bens de vulto, o Executivo inviabiliza a proteção adequada do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O impedimento de penhora de tais bens obstaculiza a tutela prometida pelo direito material e, por conseqüência, o exercício efetivo do direito fundamental de ação ou à tutela jurisdicional efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF).[12] Ou melhor, o Estado, diante do veto, está conferindo proteção insuficiente ao direito fundamental de ação, impedindo o seu exercício de forma efetiva ou de modo a permitir a tutela do direito de crédito. Na verdade, ao chancelar a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, o Estado abandona o cidadão sem fundamentação constitucional bastante.

3.2.1.2 *Impenhorabilidade relativa*

Ao lado dos bens absolutamente impenhoráveis – que não poderão, em hipótese alguma, sujeitar-se à execução –, prevê o Código de Processo Civil alguns bens *relativamente* impenhoráveis, ou seja, que não poderão ser abarcados pela execução *se existirem outros bens penhoráveis*. Porém, na ausência de outros bens penhoráveis, tais bens passam a ser atingidos pelos efeitos da execução, podendo ser utilizados para saldar as dívidas do devedor.

Diz o art. 650 do CPC, que "podem ser penhorados, *à falta de outros bens*, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia". Os frutos e rendimentos de bens inalienáveis não podem ser penhorados se existem outros bens penhoráveis. Ademais, ainda que não existam outros bens penhoráveis, tais frutos e rendimentos não podem ser penhorados quando destinados à satisfação de prestação alimentar. Neste último caso, considerando-se que a prestação alimentícia pode não exigir a totalidade dos frutos e rendimentos, é possível pensar na penhora do excesso, obviamente que na ausência de outros bens penhoráveis.

Por outro lado, a regra em questão não se aplica aos frutos e rendimentos de bens públicos. A circunstância de não haver outros bens não torna necessariamente penhoráveis os rendimentos de bem inalienável. Os rendimentos provenientes de bem público têm igual natureza pública, sendo inalienáveis e, assim, absolutamente impenhoráveis.

[12] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo (Curso de processo civil*, v. 1), cit., p. 120 e ss. e p. 227 e ss. Ver ainda Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 211 e ss.; Sérgio Cruz Arenhart, As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, *Processo civil coletivo* (obra coletiva coordenada por Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco), p. 519 e ss.

3.2.2 *Bens de terceiros sujeitos à penhora*

Em determinados casos, a lei processual estende a responsabilidade patrimonial pelas dívidas do devedor a bens de terceiros que, por algum motivo, guardam relação com o débito executado. Por vezes, essa extensão é limitada a certos bens do terceiro. Em outras hipóteses, a responsabilidade do terceiro é ampla, atingindo todo o seu patrimônio.

Diz o art. 592 do CPC que estão sujeitos à execução os bens: "I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; II – do sócio, nos termos da lei; III – do devedor, quando em poder de terceiros; IV – do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida; V – alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução".

A primeira hipótese decorre do direito de seqüela, que caracteriza os direitos reais e as obrigações reipersecutórias. A questão é apanhada pelas tutelas do art. 461-A do CPC, não tendo maior importância a sua localização no art. 592.

O inciso II trata dos casos em que a pessoa jurídica não se desvincula totalmente de seus sócios (de modo que o patrimônio destes ainda se comunica com o daquela), como também da desconsideração da personalidade jurídica. Nestes casos, os bens dos sócios podem ser atingidos por execução movida contra a pessoa jurídica, ainda que a preferência na execução se dê sobre os bens desta (art. 596 do CPC).

No primeiro caso estão as formas de pessoas jurídicas em que não há completa separação entre o patrimônio dos sócios e o da empresa e, ainda, as sociedades não personificadas (art. 990 do CC). Entram nessa categoria, por exemplo, as sociedades simples (art. 1.023 do CC), as sociedades em nome coletivo (art. 1.039, parágrafo único, c/c o art. 1.023, ambos do CC), as sociedades em comandita simples (art. 1.045 do CC) e algumas sociedades cooperativas (art. 1.095, § 2.º, do CC). Também nas sociedades limitadas, enquanto não integralizada a quota pelo sócio, responde este com seus bens pelas dívidas da empresa, até o limite da integralização do capital social (art. 1.052 do CC).

A desconsideração da personalidade jurídica é reflexo da teoria do abuso de direito. A pessoa jurídica foi concebida como instrumento para a facilitação do comércio e das relações sociais, desvinculando as pessoas naturais de certas porções de patrimônio. Essa ficção, porém, não pode ser usada para atingir fins ilícitos ou para fraudar credores. Manifestando-se esse abuso na instituição da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para que, por detrás dela, reapareça a figura do sócio. Assim, sempre que houver abuso na constituição de pessoa jurídica, quer pelo desvio de finalidade, quer pela confusão patrimonial, poderá o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, atingindo os bens dos seus sócios (art. 50 do CC).

O inciso III, na realidade, não trata da extensão da responsabilidade patrimonial a terceiros. Apenas esclarece que os bens do devedor, mesmo que estejam

na posse de terceiros, sujeitam-se à execução. Como se vê, não há bem de terceiro envolvido, mas apenas hipótese em que, embora pertencente ao devedor, o bem não se encontra na sua posse, o que, por óbvio, jamais poderia constituir obstáculo à sua sujeição à execução.

O inciso IV trata dos bens do cônjuge do executado. A questão foi analisada anteriormente, de modo que vale apenas sublinhar que estes bens sujeitam-se à execução, em princípio, quando a dívida exigida tiver sido constituída em proveito da família.[13]

Finalmente, o inciso V alude à fraude à execução. Essa, como se verá a seguir, constitui hipótese de ineficácia de ato de alienação ou de oneração de bem sujeito à execução, porque presumido o prejuízo decorrente deste ato para a execução.

As hipóteses descritas no art. 592 do CPC não exaurem a responsabilidade de terceiros sobre as dívidas sujeitas a execução. Poder-se-ia acrescentar a tais hipóteses, *embora a rigor o caso não apresente responsabilidade de terceiro*, a responsabilidade do sucessor *mortis causa*, a título universal, pelas dívidas do falecido. Feita a partilha dos bens do *de cujus*, seus herdeiros respondem, *até o limite da herança*, por suas dívidas (art. 597 do CPC).

3.2.3 *Fraude contra credores e fraude à execução*

A execução pecuniária se faz por meio da arrecadação de bens, em princípio do patrimônio do devedor, e sua ulterior alienação para saldar o crédito demandado. Assim, qualquer alienação ou oneração de bens pertencentes ao patrimônio do devedor representa um potencial risco à execução, que pode vir a ser frustrada por tais atos. Apesar disto, não pode a lei desconsiderar a necessidade de o devedor dar prosseguimento a sua vida, contraindo obrigações e estabelecendo relações, desde que isto não venha em prejuízo dos seus credores.[14]

Buscando um equilíbrio entre as duas necessidades – a proteção dos credores e o prosseguimento da vida do devedor –, o ordenamento jurídico fixa condições para a validade e eficácia do negócio jurídico (que implique ônus sobre o patrimônio) praticado pelo executado e, *a contrario sensu*, estabelece situações em que se presume o prejuízo aos credores com a conseqüente invalidade ou ineficácia do negócio diante da execução. Tem-se na fraude contra credores e na fraude à execução dois dos exemplos mais eloqüentes destes instrumentos.

A *fraude contra credores* é instituto de direito material, representando defeito do negócio jurídico que importa alienação ou oneração patrimonial, praticado por quem está em condição de insolvência – criada por fato anterior ou pelo próprio negócio jurídico – em prejuízo dos seus credores. Viola-se aqui interesses privados

[13] Ver, sobre a questão, o capítulo anterior, item 2.5.3.

[14] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 76.

dos credores, o que dá a esta figura tratamento menos severo do que o dispensado à fraude à execução. Segundo o *caput* do art. 158 do CC, "os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos". A seu turno, estabelece o art. 159 do CC que "serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante".

As normas acima mencionadas apontam para a conclusão de que a fraude contra credores constitui hipótese de anulabilidade do negócio jurídico.[15] Embora controvertida a conclusão, está em consonância com a jurisprudência atual[16] e também com a idéia de que seu reconhecimento depende de ação autônoma (*ação pauliana*). Por conta disto, reconhecida a fraude contra credores, desfaz-se o ato de afetação do patrimônio (alienação ou oneração), restituindo-se o bem à esfera patrimonial do devedor.[17]

Costuma-se apontar dois requisitos básicos para a caracterização da fraude contra credores: a existência de dano aos credores (*eventus damni*) e o propósito de fraudar os créditos por meio do negócio jurídico com a ciência do terceiro beneficiário (*consilium fraudis*). De acordo com parte da doutrina, no regime do atual Código Civil o *consilium fraudis* não constitui mais elemento caracterizador da fraude contra credores. Este requisito apenas seria relevante para caracterizar o vício da fraude contra credores na hipótese do tipo penal previsto pelo art. 168 da Lei 11.101/2005. Seguindo-se a doutrina mais atual,[18] é possível especificar estes elementos da seguinte forma: a necessidade de que haja ato de disposição que implique redução do patrimônio ativo do devedor, a preexistência de credores, o prejuízo a estes acarretado pelo ato e a insolvência do devedor, seja em decorrência do ato inquinado ou por razão anterior a ele.

[15] Porém, há doutrina que considera que a fraude contra credores constitui hipótese de ineficácia ou de inoponibilidade do negócio aos credores (assim, Humberto Theodoro Jr., *Fraude contra credores*, p. 125). Outros, de maneira mais ampla, colhem três espécies de conseqüências para o ato praticado em fraude contra credores: a anulabilidade, a ineficácia relativa e a revogabilidade (assim, Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*, p. 210 e ss.).

[16] Exemplificativamente, tome-se a Súmula 195 do STJ, que preceitua que "em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores". A par de o enunciado referir-se expressamente à anulação do ato, a não aceitação de que o defeito venha a ser reconhecido incidentalmente em embargos de terceiro (dependendo, portanto, de ação própria) indica que não se trata de ineficácia do ato perante apenas a execução, mas sim de hipótese de anulabilidade.

[17] Ver Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. IV, p. 486. Para aqueles que vêem na fraude contra credores mera situação de ineficácia do ato frente à execução, o seu reconhecimento não devolverá o bem ao patrimônio do executado, mas apenas permitirá a sua penhora, não importando quem seja o seu titular.

[18] Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*, cit., p. 204.

É ônus do autor (credor quirografário) da ação pauliana demonstrar a existência de tais requisitos, não se presumindo sua existência. Frise-se que não se admite o reconhecimento deste defeito incidentalmente – seja na execução, seja em embargos de terceiro –, exigindo-se ação própria para tanto.

A seu turno, a *fraude à execução* é vício muito mais grave, que não atinge apenas os interesses dos credores, afetando diretamente a autoridade do Estado concretizada no exercício jurisdicional. Seu reconhecimento depende da existência de uma ação contemporânea ao ato de diminuição patrimonial. Havendo ação judicial em andamento, o interesse na manutenção do patrimônio do executado não é mais apenas do credor, mas também da jurisdição, cuja atividade atua sobre este conjunto de bens. Em razão disto, a fraude à execução não se limita a gerar efeitos no campo processual, sendo também tipificada como delito (art. 179 do CP).

Por se tratar de situação mais grave, a lei dispensa a prova da intenção de fraudar (*consilium fraudis*). Bastará a ocorrência do fato – estabelecido em lei – para estar configurada a fraude à execução.[19] O art. 593 do CPC qualifica as situações em que se tem por caracterizada a fraude à execução, entendendo-a ocorrente na alienação ou oneração de bens: "I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III – nos demais casos expressos em lei".[20] Em qualquer destes casos há presunção de prejuízo ao credor e de má-fé do devedor, dispensando-se a prova destes requisitos.

O inciso I do art. 593 é reflexo do direito de seqüela, ínsito ao direito real. Neste caso, a configuração da fraude à execução independe da caracterização do estado de insolvência do devedor, pois a alienação ou a oneração diz respeito a *bem determinado*, sobre o qual pende ação fundada em direito real.

A hipótese do inciso II do art. 593 alude à existência de demanda capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência. Parte-se do pressuposto de que o devedor

[19] Neste sentido: "Processo civil. Fraude de execução (CPC, art. 593-II). Requisitos presentes. Ausência de outros bens do devedor. Insolvência demonstrada. Má-fé. Irrelevância. Recurso desacolhido. I – A jurisprudência deste Tribunal tem entendimento firme no sentido de que a caracterização da fraude de execução prevista no inciso segundo (II) do art. 593, ressalvadas as hipóteses de constrição legal (penhora, arresto ou seqüestro), reclama a ocorrência de uma ação em curso (seja executiva, seja condenatória), com citação válida, e o estado de insolvência a que, em virtude da alienação ou oneração, teria sido conduzido o devedor. II – A prova da insolvência é suficiente com a demonstração da inexistência de outros bens do devedor passíveis de penhora, sendo também certo que a insolvência há de ser considerada à época da celebração do ato. III – Não se exige a demonstração do intuito de fraudar – circunstância de que não se cogita em se tratando de fraude de execução, mas apenas em fraude contra credores, que reclama ação própria (revocatória/pauliana). Na fraude de execução, dispensável é a prova da má-fé" (STJ, 4.ª T., REsp 333161/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 15.04.2002).

[20] A exemplo do art. 672, § 3.º, do CPC, ou do art. 185, *caput*, do CTN.

que aliena ou onera seus bens, ciente de demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, está agindo para fraudar a execução. Portanto, para a caracterização da presunção de má-fé, basta que, no momento em que se deu a alienação ou a oneração, esteja em curso demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Não é preciso que tal ação seja necessariamente de execução, bastando se constituir em ação (ação cautelar, ação que instaura o processo e a fase de conhecimento em busca da sentença condenatória, ou mesmo ação penal) que, diante do seu conteúdo, possa dar origem, futuramente, à redução do demandado ao estado de insolvência.[21]

Embora toda ação se considere proposta no momento em que é distribuída (art. 263 do CPC), a caracterização da fraude à execução depende, como é natural, da ciência da demanda pelo réu. Assim, a alienação ou oneração de bens é considerada em fraude à execução apenas após a citação válida (art. 219 do CPC).

Porém, os tribunais têm exigido, para a aplicação das conseqüências decorrentes da caracterização da fraude à execução, a ciência da demanda por parte do adquirente ou do terceiro beneficiário.[22] Entende-se que a proteção da boa-fé impõe que o credor dê ciência da existência da ação – que pode atingir o patrimônio do devedor – ao público, evitando que terceiro de boa-fé contrate sobre os bens afetados pela demanda.

A Lei 11.382/2006, ao instituir o art. 615-A, diz que "o exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto". Efetivada a averbação, presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens realizada a partir daí, incumbindo ao exeqüente comunicar ao juízo a efetivação da averbação, no prazo de dez dias da sua concretização (art. 615-A, *caput* e §§ 1.º e 3.º).[23]

Em princípio, o art. 615-A diz respeito apenas à ação de execução de título extrajudicial. Porém, a sua aplicação certamente também deve atingir a ação de execução de título judicial e, inclusive, a execução da sentença condenatória que se processa como fase do processo. Evidentemente, o interesse maior da aplicação deste instituto para os títulos judiciais está relacionado aos títulos que não tenham origem em decisão proferida no juízo cível – já que, para estes, em princípio, a fraude à execução já

[21] "Embargos de terceiro. Fraude à execução. Ação em curso. Citação válida. Data da alienação do bem. Relevância. A ocorrência de fraude à execução, nos termos do art. 593, II, do CPC, pressupõe ação em curso, seja de conhecimento, execução ou cautelar, com citação válida. (...)" (TJMG, 17.ª Câm. Cív., Ap. Cív. 17 2000000516085-0/000, rel. Des. Irmar Ferreira Campos, *DJ* 23.02.2006).

[22] STJ, 2.ª T., REsp 670958/PR, rel. Min. Castro Meira, *DJU* 15.09.2006, p. 298; STJ, 2.ª T., AgRg no AgRg no AgIn 730791/MG, rel. Min. Castro Meira, *DJU* 17.05.2006, p. 119; STJ, 2.ª T., REsp 798124/RS, rel. Min. Peçanha Martins, *DJU* 06.03.2006, p. 370.

[23] O exeqüente responderá por má-fé processual quando promover averbação manifestamente indevida, devendo indenizar o devedor – nos termos do art. 18, § 2.º, do CPC – em autos apartados à execução (art. 615-A, § 4.º, do CPC).

é suficiente para ensejar a garantia necessária. Todavia, vale ressaltar que a averbação em tela se presta, em relação a qualquer título, como garantia maior, na medida em que, efetuada a anotação no registro do bem, tem-se a presunção absoluta de que, qualquer alienação ou oneração posterior se dá em fraude. Há, portanto, interesse na medida em apreço no referente a todas as execuções (ou cumprimentos de sentença), não limitando a medida às execuções de títulos extrajudiciais.

Quanto ao emprego da anotação em relação ao cumprimento de sentença, embora não se possa "obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução" (art. 615-A, *caput*), o exeqüente pode requerer certidão que comprove o requerimento da execução, especificando as partes envolvidas e a quantia pleiteada. O requerente da execução da sentença pode pedir a averbação da certidão no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. A única distinção é que, nesta hipótese, a certidão não é requerida ao distribuidor, mas sim ao cartório do juízo em que se processa a fase executiva. Na verdade, o autor de qualquer ação que esteja atrelada, por sua causa de pedir, a futura, embora eventual, execução capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência, pode obter certidão comprobatória do seu ajuizamento e pedir a sua averbação.

É comum equiparar aos casos de fraude à execução a situação de alienação de bem penhorado ou sujeito a outra medida judicial constritiva. Porém, tal assimilação é indevida, uma vez que a alienação de bem penhorado não se sujeita ao regime da fraude à execução, nem a seus requisitos.[24] Neste caso, a ineficácia da alienação do bem se dá unicamente em razão da penhora, independentemente da existência ou não de dano ao credor, ou, mais, da insolvabilidade do devedor.

A fraude à execução, diferentemente do que ocorre com a fraude contra credores, gera a *ineficácia relativa* do ato de oneração ou alienação. Vale dizer que, caracterizada a fraude à execução, o ato praticado – embora válido e eficaz entre as partes que o celebraram – *não surte qualquer efeito em relação à execução movida*, podendo o bem ser penhorado normalmente. É como se, *para a execução*, a alienação ou a oneração do bem não tivesse ocorrido.

Por outro lado, e novamente ao contrário do que sucede com a fraude contra credores, a fraude à execução *independe* de ação própria para ser reconhecida. Poderá o juiz, no curso da execução, por meio de simples decisão interlocutória, reconhecer a fraude na alienação ou na oneração havida, autorizando a penhora sobre o bem em questão.

3.3 Procedimento da penhora

A penhora de bens pode se dar por duas vias: por *termo* ou por *auto* de penhora. O *auto de penhora* é documento elaborado pelo oficial de justiça, relacionando os bens

[24] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 91, especialmente nota 9.

que encontrou e penhorou. O *termo de penhora* é documento assinado pelo próprio devedor, formado ao indicar bens à penhora que são aceitos pelo credor.

A dicção do art. 475-J, *caput*, pode levar à conclusão de que não há mais espaço para o *termo de penhora*, já que a execução se inicia com a expedição de mandado de penhora, entregue ao oficial de justiça. Entretanto, o juiz pode, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do credor, exigir a intimação do devedor para indicar bens passíveis de penhora. Se esta indicação for aceita, a penhora se fará por termo e não por auto de penhora.

A diferença entre o auto e o termo de penhora está longe de constituir mera questão acadêmica. Quando a penhora se dá por *termo*, o próprio documento que reflete a penhora já constitui a intimação do devedor, de modo que a partir daí corre o prazo de quinze dias para que possa impugnar a execução. Se a penhora, ao contrário, se faz por auto de penhora, é necessário intimar o devedor – na pessoa de seu advogado ou, se inviável, de seu representante legal, ou ainda pessoalmente – para que tenha curso o prazo de quinze dias para a impugnação (art. 475-J, § 1.º, do CPC).

Apresentado e admitido o requerimento de execução, caberá ao juiz, *incontinenti*, determinar a expedição do mandado de penhora. Após a Lei 11.232/2005, o exeqüente passou a ter o direito de indicar os bens à penhora, ao contrário do que antes ocorria, quando o réu era citado para *pagar ou nomear* bens à penhora.

Diz o art. 475-J, § 3.º, que o exeqüente poderá, em seu requerimento, desde logo indicar os bens a serem penhorados. Porém, o exeqüente pode não saber onde estes bens estão localizados. Neste caso, não obstante possa requerer ao juiz que requisite informações à Receita Federal ou ao Banco Central, inclusive para realizar penhora *on line* sobre dinheiro depositado em instituição financeira, pode pedir que o juiz mande o executado indicar os bens sujeitos à execução, sob pena de cometer ato atentatório à dignidade da justiça e ter que pagar multa nos termos do art. 601 do CPC.

O art. 600, IV (após a Lei 11.382/2006), afirma que "considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (...) IV – *intimado*, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores". De modo que o exeqüente pode requerer ao juiz, *em qualquer momento do processo*, que determine a intimação do executado para dizer quais são e onde se encontram os bens penhoráveis, assim como os seus respectivos valores. Se o executado não atender ao chamado do juiz, praticará ato atentatório à dignidade da Justiça, ficando sujeito aos termos do *caput* do art. 601, que assim prescreve: "Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20 % (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução".

Ou seja, neste caso o executado poderá sofrer mais uma multa, de até vinte por cento do valor atualizado da dívida, *e assim poderá ter o seu débito aumentado em até trinta por cento*, dez por cento pelo não pagamento no prazo de quinze dias (art. 475-J) mais

vinte por cento por não ter indicado a localização e os valores dos bens penhoráveis (art. 600, IV).

Nesta hipótese, porém, o executado acabará sendo comunicado do requerimento de execução antes da penhora, mas apenas para indicar onde se encontram os bens penhoráveis e quais são os seus valores. O prazo para o executado apresentar impugnação somente fluirá a partir da sua intimação da penhora. Lembre-se que, no caso em que o executado indica bens à penhora, e estes são aceitos pelo exeqüente, realiza-se a penhora por termo, de onde decorre o prazo de quinze dias para a apresentação da impugnação.

De outro lado, ao localizar bens, o oficial os penhorará, lavrando auto de penhora. A fim de realizar a penhora, o oficial de justiça pode ser munido de poderes especiais, capazes de coibir resistência oposta pelo devedor ou por quem detenha os bens a serem penhorados. Assim, se o possuidor do bem a ser penhorado resistir ao cumprimento do mandado de penhora, fechando as portas da casa, poderá o juiz determinar a chamada "ordem de arrombamento" (art. 660 do CPC), a ser cumprida por dois oficiais de justiça – se necessário com apoio de força policial (art. 662 do CPC) –, que ficarão autorizados a arrombar "portas, móveis e gavetas, onde presumirem que se achem os bens", "lavrando de tudo auto circunstanciado, que será assinado por duas testemunhas, presentes à diligência" (art. 661 do CPC).

Se tiver conhecimentos suficientes, além de efetivar a penhora do bem, deverá proceder a sua avaliação. A regra, no regime atual, é que a avaliação seja realizada pelo oficial de justiça – que, por conta disso, deverá possuir mínimos conhecimentos para tanto –, mas, em casos particulares que exijam conhecimentos especializados, deverá o juiz nomear avaliador, fixando breve prazo para a entrega do laudo (art. 475-J, § 2.º, do CPC). Não localizando bens penhoráveis, deverá o oficial de justiça restituir o mandado ao juízo, certificando as diligências realizadas.

Sublinhe-se que o executado não é mais citado para pagar *ou* nomear bens à penhora. Na verdade, *o executado não tem direito de nomear bens à penhora, mas sim dever de pagar*. Portanto, não cumprindo o seu dever de pagar, nem mesmo diante da multa de dez por cento, *deverá sofrer a execução*, sujeitando-se à prática de atos capazes de retirar do seu patrimônio valor em dinheiro suficiente para saldar forçadamente a sua dívida, com os devidos acréscimos.

Neste sentido, nada melhor ao exeqüente do que penhorar dinheiro, que, em face da nova redação do inciso I do art. 655, pode ser "*em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*". O exeqüente pode requerer a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira, seja em conta corrente ou em aplicação financeira, solicitando a chamada penhora *on line*, que é realizada por meio eletrônico. Neste caso, o exeqüente deverá requerer ao juiz que requisite, por meio da internet, informações ao Banco Central a respeito da existência e da localização de tais depósitos, para que seja indisponibilizado e penhorado valor capaz de responder pelo montante da execução.

3.3.1 Ordem de bens a serem penhorados

A eleição dos bens penhoráveis não é arbitrária, nem para o oficial de justiça, nem para as partes da execução. Atendendo-se aos princípios do *resultado* da execução – pelo qual a execução deve ocorrer da forma mais proveitosa para o credor – e do *menor sacrifício* do executado – em razão do qual a execução não deve ir além do estritamente necessário para a satisfação do crédito (art. 620 do CPC) –, estabelece-se preferência legal em favor de certos bens para a realização da penhora.

Porém, esta preferência – que em determinado instante pode parecer racional porque adequada às necessidades sociais e de mercado – pode se tornar defasada com o passar do tempo. Em razão disto, sempre se sustentou que a ordem de bens estabelecida na lei *não é absoluta*.[25] Assim, poderá o juiz deixar de aplicar a ordem prevista no art. 655 do CPC ao verificar que outra é a situação do mercado ou que os princípios do resultado e do menor sacrifício impõem outra condição de preferência. Em síntese, a regra do art. 655 é um "parâmetro indicativo" e não uma cláusula rígida e inafastável. O art. 655 do CPC deve ser visto com uma regra que deve guiar a atividade judicial, mas cuja ordem de preferência pode ser alterada, *mediante a devida e adequada justificativa*, diante de outra realidade social e de mercado e das particularidades presentes no caso concreto.

Aliás, exatamente por conta disto, a redação do art. 655, segundo a Lei 11.382/2006, faz notar que a penhora deverá, "*preferencialmente*", obedecer à ordem nele estabelecida, o que realmente significa que esta ordem não tem que ser *necessariamente* observada. Diz o art. 655: "A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II – veículos de via terrestre; III – bens móveis em geral; IV – bens imóveis; V – navios e aeronaves; VI – ações e quotas de sociedades empresárias; VII – percentual do faturamento de empresa devedora; VIII – pedras e metais preciosos; IX – títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI – outros direitos". Essa

[25] Neste sentido é a jurisprudência do STJ: "Processo civil. Agravo de instrumento. Negativa de seguimento. Agravo Regimental. Locação. Nomeação de bens à penhora. Arts. 620 e 655 do CPC. Reexame de matéria fática. Súmula 7/STJ. Precedentes. 1 – A análise dos elementos necessários à formação do juízo recorrido acerca da satisfatoriedade dos bens nomeados à penhora importa em reexame de matéria fática e, portanto, vedado em sede de recurso especial por incidência do disposto na Súmula 7/STJ. 2 – Outrossim, a jurisprudência deste Sodalício se firmou no sentido de que a ordem de preferência estabelecida no art. 655 do CPC não encerra hipótese absoluta para a enumeração de bens à penhora. Esta deve observar as circunstâncias do caso concreto, bem como, a potencialidade de satisfazer o crédito e a forma menos onerosa para o devedor. 3 – Precedentes (REsp 145610/SP e 445684/SP). 4 – Agravo regimental conhecido, porém, desprovido" (STJ, 5.ª T., AgRg no AgIn 445111/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* 19.12.2003).

ordem não prevalece na execução de crédito com garantia hipotecária,[26] pignoratícia ou anticrética, pois nestes casos a penhora recairá preferencialmente sobre o bem objeto da garantia (art. 655, § 1.º, do CPC).

3.3.2 *O direito de o exeqüente indicar bens à penhora*

Porém, o que realmente importa é que, no sistema da Lei 11.232/2005, o exeqüente passou a ter o direito de indicar os bens à penhora, o qual anteriormente era do executado. E aí têm grande importância as alterações que foram realizadas pela Lei 11.382/2006 no art. 655 do CPC. A redação atual do art. 655 do CPC não só inverteu o direito de indicar bens à penhora e alterou substancialmente a ordem que era anteriormente prevista, como esclareceu, fazendo a devida correção, o antigo inciso I deste artigo. Antes da Lei 11.382/2006, afirmava o art. 655, I: "Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I – dinheiro; (...)". Hoje, além deste direito ser do exeqüente e da ordem de preferência ter mudado substancialmente, diz o inciso I: "dinheiro, *em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*".

O acréscimo ao inciso I, após a expressão dinheiro, foi necessário – por incrível que pareça – para esclarecer que pode ser penhorado não apenas dinheiro em espécie, mas também dinheiro depositado em instituição financeira. Trata-se, realmente, de algo curioso e que beira o cômico, pois é pouco mais do que evidente que é impossível penhorar dinheiro em espécie, a não ser que se imagine que algum executado, excêntrico ou distante da realidade, prefere ter dinheiro em casa ao invés de depositá-lo em instituição financeira. Ora, diante da realidade econômica, *ninguém pode* ter dinheiro em espécie; *todos necessitam* de instituições financeiras.

Porém, muito embora a interpretação do inciso I do art. 655 do CPC fosse óbvia, o legislador foi obrigado a evidenciar que o exeqüente pode penhorar dinheiro depositado em instituição financeira. A partir desta certeza, não há como negar ao exeqüente o direito de penhorar dinheiro depositado em instituição financeira, ainda que o executado tenha móveis, imóveis ou outros bens.

Também não há mais como pensar que o exeqüente, quando não souber da localização dos depósitos financeiros do executado, somente pode requerer ao juiz que requisite informações ao Banco Central após ter exaurido as tentativas de localização de outros bens penhoráveis. Frise-se que algumas decisões, inclusive do STJ, diziam que "o juiz da execução só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal, ao Banco Central e às demais instituições detentoras de informações sigilosas sobre o executado, após o exeqüente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obtê-las para encontrar o executado e *seus bens*".[27]

[26] Por exemplo, art. 466 do CPC.

[27] STJ, 1.ª T., REsp 282717, rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* 11.12.2000. Em sentido contrário: STJ, 1.ª T., ROMS 8757, rel. Min. José Delgado, *DJ* 01.07.1999; STJ, 5.ª T., HC 15753, rel. Min. Felix Fisher, *DJ* 20.08.2001.

Se o exeqüente tem direito de penhorar preferencialmente dinheiro, mas não sabe – até porque é praticamente impossível saber – onde estão localizados os depósitos do executado, tal direito simplesmente deixará de existir se o juiz não puder requisitar informações do Banco Central antes de exauridas as atividades necessárias à localização de outros bens penhoráveis. Ora, caso a requisição de informações seja subordinada à tentativa de localização de bens, a penhora de dinheiro logicamente perderá a preferência para a penhora de outros bens.[28]

Embora isto também já fosse – ou devesse ser – uma interpretação evidente há muito tempo, a Lei 11.382/2006 foi obrigada a instituir o art. 655-A, que deu ao exeqüente o direito de requerer ao juiz que requisite informações à autoridade supervisora do sistema bancário sobre a existência de ativos em nome do executado, "podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução".

Note-se que o não cumprimento do dever de pagar faz surgir ao exeqüente o direito de preferencialmente penhorar dinheiro. Ou seja, ainda que existam vários bens penhoráveis (móveis, imóveis etc.), o credor tem o direito de penhorar dinheiro diante da ordem legal do art. 655 do CPC. Porém, como lhe é praticamente impossível saber a instituição financeira na qual o executado possui dinheiro depositado, deve requerer ao juiz que requisite informações ao Banco Central para que, então, possa ser feita a penhora sobre o valor suficiente para saldar o montante da execução, em conformidade com o art. 655-A do CPC.

3.3.3 *A não indicação de bens pelo credor e o dever de o executado indicar os bens segundo a ordem legal do art. 655 do CPC*

Caso o exeqüente não relacione bens penhoráveis ou acredite que a penhora possa ser feita pelo oficial de justiça, poderá requerer ao juiz que mande intimar o executado para indicar bens sujeitos à execução.

Lembre-se que, se o devedor deixar de indicar quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, ficará sujeito a multa que pode variar de dez a vinte por cento sobre o valor da dívida atualizada (arts. 600, IV, e 601 do CPC).

[28] Assim, já teve oportunidade de decidir o TJRS: "Agravo de instrumento. Execução de sentença. Utilização do Bacenjud a fim de obter informações sobre a existência de ativos financeiros em nome do devedor. Medida altamente recomendável, em face da jurisdição pós-moderna. Além disso, a localização do réu e de seus bens é de interesse público, pois o Estado deve zelar pela efetiva prestação jurisdicional e pela célere concretização da justiça. Registre-se, outrossim, que não há nenhuma novidade em priorizar na penhora o dinheiro, que ocupa o primeiro inciso do art. 655 do CPC, cuja localização não é disponível ao credor, mas cuja preferência atende, por excelência o art. 5.º, XXXV e LXXVIII, da CF. Agravo provido" (TJRS, 17.ª Câm. Cív., AgIn 70015508757, rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 24.08.2006). No mesmo sentido: TJMG, 9.ª Câm. Cív., AgIn 1002405831081-4/002, rel. Des. José Antônio Braga, *DJ* 08.12.2006.

Nesse momento, ou seja, ao indicar quais são, onde se encontram e que valores possuem os bens penhoráveis, o executado logicamente deve observar a ordem de preferência do art. 655 do CPC. Quer isto significar que o executado viola o art. 600, IV, se possui dinheiro em instituição financeira (por exemplo) e não o indica à penhora ou indica à penhora bem que não mereça preferência diante do dinheiro depositado. Não teria sentido que o executado tivesse o dever de indicar bens sujeitos à execução, mas pudesse indicá-los ao seu arbítrio, como se não houvesse uma ordem de preferência para a penhora.

O executado apenas pode fugir da ordem legal do art. 655 do CPC mediante a adequada justificativa, a ser analisada pelo juiz. A falta de justificativa caracteriza violação do art. 600, IV, do CPC.

Assim, caso o executado deixe de indicar à penhora dinheiro depositado em instituição financeira (por exemplo), e mais tarde seja descoberta a sua existência, ainda que mediante requisição ao Banco Central, ele deverá ser sancionado nos termos do art. 601 do CPC.

Por outro lado, o executado, ao indicar bens à penhora, deve deixar claro onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, além de abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 656, § 1.º, do CPC), pena de restar sujeito às sanções dos arts. 14, parágrafo único, e 601 do CPC.

3.3.4 *A substituição da penhora*

O art. 656, *caput*, do CPC diz que "*a parte* poderá requerer a substituição da penhora: (...)". Antes da Lei 11.382/2006, o mesmo art. 656, em seu *caput*, dizia: "Ter-se-á por ineficaz a nomeação, salvo convindo o *credor*: (...)". Como antes a indicação de bens cabia ao executado, a sua impugnação era outorgada ao exeqüente. Atualmente, como a indicação dos bens incumbe, inicialmente, ao exeqüente, mas também pode ser feita pelo executado, afirma-se que "a parte" poderá requerer a substituição da penhora.

Isto pode ser feito, em primeiro lugar, quando a penhora não obedecer a ordem legal (art. 656, I, do CPC). A substituição, neste caso, apenas deverá ser admitida quando não houver justificativa adequada para a não observância da ordem.

Também poderá ser requerida a substituição da penhora quando não incidir sobre os bens designados em contrato ou o ato judicial (art. 656, II, do CPC). Segundo o art. 656, III, do CPC, os bens localizados no foro da execução preferem aos outros, situados em localidade diversa. O exeqüente não está obrigado a penhorar bem localizado no foro da execução quando outro, merecedor de preferência segundo a ordem legal, estiver situado em outro local. A regra apenas se aplica quando dois bens de igual natureza e qualidade estiverem situados em locais distintos, sendo um no foro da execução. Neste caso, não só o exeqüente, mas também o executado, têm interesse em que a penhora

recaia sobre o bem situado no foro da execução, uma vez que a providência não apenas outorga maior celeridade ao processo, como também diminui o seu custo.

O art. 656, IV, estabelece a precedência da penhora sobre bens livres, permitindo que a penhora seja substituída quando recair sobre bem penhorado ou onerado. A razão da regra é óbvia: caso a penhora recaia sobre bem penhorado ou onerado, dificilmente o produto da sua venda será revertido em favor do exeqüente.

A ordem da penhora é um dos critérios determinantes da prioridade na satisfação dos créditos. Ou seja, ressalvada a garantia oferecida a créditos privilegiados, aquele que fez a primeira penhora obterá a satisfação do seu crédito em primeiro lugar, restando aos demais apenas o saldo residual. O mesmo ocorre com bens gravados de ônus (por exemplo, hipoteca, penhor ou anticrese). É direito do titular destes ônus mantê-los sobre o valor em dinheiro resultante da alienação judicial, que fica reservado em seu favor, restando ao exeqüente apenas a sobra. Assim, a penhora de tais bens apenas é satisfatória na ausência de bens livres ou quando o bem tiver valor que possa, ainda que diante de anterior penhora ou ônus, satisfazer a execução.

Ademais, não se deve realizar penhora sobre bem de baixa liquidez. Caso isto ocorra, a penhora deverá ser substituída (art. 656, V, do CPC). A penhora também poderá ser substituída se, no caso concreto, fracassar a tentativa de alienação judicial do bem (art. 656, VI) ou quando o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 (art. 656, VII).

Diz o art. 668: "O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exeqüente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620). Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, ao executado incumbe: I – quanto aos bens imóveis, indicar as respectivas matrículas e registros, situá-los e mencionar as divisas e confrontações; II – quanto aos móveis, particularizar o estado e o lugar em que se encontram; III – quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças e o imóvel em que se encontram; IV – quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento; e V – atribuir valor aos bens indicados à penhora". Portanto, o exeqüente pode pedir a substituição da penhora quando o executado omitir qualquer das indicações a que dizem respeito os incisos I a IV – acima descritos –, mas o executado deve observar todos os incisos – ou seja, os incisos I a V – ao requerer a substituição da penhora.

O executado, para pedir a substituição da penhora, segundo o *caput* do art. 668 do CPC, deve demonstrar de forma cabal que a substituição será menos onerosa a ele e não trará prejuízo algum ao exeqüente.[29] Como está claro, entram em jogo aí

[29] No regime anterior, esta substituição só podia ser feita, em regra, por dinheiro, o que limitava em muito o seu uso pelo devedor.

os princípios do meio idôneo e da menor restrição possível. Se um bem pode ser tão idôneo quanto outro para a satisfação do direito do exeqüente e, ao mesmo tempo, trazer menor restrição ao executado, tais princípios, que iluminam a execução judicial, obrigam a substituição da penhora, amparando plenamente o pedido de substituição da penhora por parte do executado.

O inverso, ou seja, o pedido de substituição da penhora pelo exeqüente, é fundamentado apenas no princípio do meio idôneo. Antes de tudo, o bem deve ser idôneo à satisfação do direito de crédito. Assim, não há qualquer racionalidade em supor que o executado pode indicar à penhora um bem que não seja idôneo à satisfação da execução, apenas por ser o que lhe traz a menor restrição. A menor restrição apenas importa quando existem dois bens igualmente idôneos à realização do direito do exeqüente.

O requerimento do executado que ofereça bem imóvel para a substituição deve vir acompanhado da expressa anuência de seu cônjuge – se for o caso (art. 656, § 3.º, do CPC).

Ademais, o executado poderá requer a substituição da penhora por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao débito, mais trinta por cento (art. 656, § 2.º, do CPC).

Requerida a substituição, será ouvida a parte contrária em três dias (art. 657 do CPC). Aceito o pedido de substituição, ou decidindo o juiz pela substituição em caso de inércia ou de impugnação, será lavrado o termo de substituição do bem inicialmente penhorado, procedendo-se ao levantamento da penhora anterior, inclusive de eventuais averbações realizadas, e a constrição do novo bem.

3.3.5 A penhora on line

A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação de bem penhorado – como o imóvel – em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e a alienação do bem a terceiro.

Além disto, tal espécie de penhora dá ao exeqüente a oportunidade de penhorar a quantia necessária ao seu pagamento, o que é difícil em se tratando de bens imóveis ou móveis, os quais possuem valores "relativos" e, por isto mesmo, são objeto de venda em leilão público, ocasião em que a arrematação pode ocorrer por preço inferior ao de mercado.

Porém, o que realmente impedia a penhora de dinheiro, até recentemente, era a equivocada interpretação do art. 655, I, do CPC, que dizia apenas que incumbia "ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I – dinheiro; (...)". Supunha-se que o devedor era obrigado a indicar à penhora apenas *dinheiro em espécie* e não dinheiro que estivesse depositado em banco. Tal interpretação, como é óbvio, inviabilizava a penhora de dinheiro, deixando o devedor livre para indicar outro bem. Isto não só feria o princípio do meio idôneo como dava oportunidade para o devedor retardar a satisfação do direito do exeqüente.

Contudo – como já foi salientado anteriormente –, agora o exeqüente tem o direito de indicar bens à penhora (art. 475-J, § 3.º, do CPC), não existindo mais a previsão de que o executado deve ser citado para pagar ou nomear bens à penhora. O real significado desta mudança está em evidenciar que o executado tem apenas e tão-somente o dever de pagar – embora possa apresentar impugnação para tentar demonstrar a inexistência deste dever – e não o direito de nomear bens à penhora – como, por exemplo, imóvel situado em outra localidade – caso não deseje pagar imediatamente.

Lembre-se que, ao não ser cumprida a sentença condenatória no prazo de quinze dias, incidirá a multa de dez por cento. Neste caso, o exeqüente passa a ter o direito de apresentar requerimento de execução e de apresentar os bens sobre os quais a penhora deverá incidir (art. 475-J, *caput* e § 3.º).

Mas, a possibilidade de o exeqüente indicar bens à penhora passar a ter real efetividade quando se constata que a nova redação do inciso I do art. 655 do CPC – instituída pela Lei 11.382/2006 – esclareceu que o primeiro bem da ordem legal, ou seja, o dinheiro, também pode ser objeto de penhora quando "em depósito ou aplicação em instituição financeira".

A partir daí, o problema evidente da penhora de dinheiro passaria a ser o de que o exeqüente não pode saber se o executado tem dinheiro depositado e, muito menos, o local da sua realização. Porém, a Lei 11.382/2006 habilmente eliminou tal problema ao instituir o art. 655-A, nos seguintes termos: "Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, *requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações* sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato *determinar sua indisponibilidade*, até o valor indicado na execução" (grifos nossos).

Ora, se o exeqüente, para penhorar dinheiro, necessita saber se o executado possui – e em que local – dinheiro depositado em instituição financeira, ele deve ter ao seu dispor uma forma que lhe garanta esta verificação. Para viabilizar o acesso a tais informações, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho da Justiça Federal firmaram convênio com o Banco Central – há bastante tempo[30] –, por meio do qual os juízes com senhas cadastradas têm acesso, por meio

[30] "Juízes Federais têm acesso *on line* às bases de dados da Polícia Federal e do Bacen. O magistrado da Justiça Federal do Brasil pode ter acesso *on line* às bases de dados do Departamento de Polícia Federal e do Banco Central do Brasil – Bacenjud, mediante convênios firmados entre essas instituições e o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais e suas respectivas Seções Judiciárias. *Apesar da utilidade das informações que se podem obter com o acesso a esses serviços, muitos juízes federais não sabem da existência desses acordos de cooperação técnico-institucional que possibilitam o acesso aos sistemas da autoridade monetária, desde*

da internet, a um sistema de consultas – desenvolvido pelo Banco Central do Brasil e denominado de Bacenjud.

O acesso a este sistema confere ao juiz a possibilidade de obter informações sobre depósitos bancários – em conta-corrente ou aplicação financeira – do executado, realizados em qualquer instituição financeira e localidade no País. Com isto, o magistrado também fica com o poder de determinar o bloqueio do valor do crédito executado, concretizando o direito do exeqüente à penhora de dinheiro.

Contudo, posições sociais não interessadas nesta forma de penhora já alardeiam a tese de que a penhora *on line* viola o direito à intimidade do executado. Este argumento, que chega a ser risível, sequer mereceria análise, não fosse o estrago que pode provocar no sistema executivo de tutela dos direitos.

Antes de tudo, é preciso deixar claro que o exeqüente tem o direito de saber se o executado possui dinheiro depositado em instituição financeira pela mesma razão que possui o direito de saber se o executado é proprietário de bem imóvel ou móvel. Ou seja, tal direito é conseqüência do direito à penhora, que é corolário do direito de crédito e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF). De modo que a requisição de informações ao Banco Central objetiva apenas permitir a penhora, que é inquestionável direito daquele que tem direito de crédito reconhecido em título executivo, particularmente em sentença condenatória não adimplida, nada tendo a ver com alguma intenção de violar o direito à intimidade.

Como é óbvio, não há qualquer violação de intimidade ao se obter informações a respeito da existência de conta corrente ou aplicação financeira. Ora, se o exeqüente não tivesse direito de saber se o executado possui conta corrente ou aplicação financeira, o executado certamente não teria o *dever* de indicar à penhora dinheiro depositado ou aplicado em instituição financeira. Ou melhor, todos teriam o direito de esconder da justiça as suas contas correntes e aplicações financeiras!!

De todo modo, o art. 655-A, § 1.º, diz textualmente que "as informações limitar-se-ão à *existência ou não* de depósito ou aplicação *até o valor indicado* na execução". Quer dizer que tais informações devem ser admitidas na *medida necessária* à realização do direito do exeqüente.

O exeqüente necessita saber se *existe* depósito ou aplicação em valor *suficiente* para garantir a execução, sem ter a necessidade de conhecer os valores dos últimos movimentos bancários, como tais valores forem empregados ou quais foram os seus beneficiários.

De outra parte, a constante desculpa dos executados, à procura da deslegitimação da penhora *on line*, tem agora resposta no § 2.º do art. 655-A, que assim dispõe: "Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade". O art. 649, *caput*, e seu inciso IV, dizem que "são absolutamente impenhoráveis: (...) IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º [*vetado*] deste artigo".

maio de 2001, e da Polícia Federal, desde agosto de 2002, com cadastramento prévio dos magistrados (...)" (notícia do STJ do dia 25.05.2003; <www.stj.gov.br>).

De modo que a penhora *on line*, uma vez efetivada, fica à espera de alegação do executado, que passa a ter o ônus de demonstrar que o valor é marcado por impenhorabilidade absoluta ou que está revestido de "outra forma de impenhorabilidade". Como é evidente, no momento em que a penhora *on line* é realizada, é impossível saber se o valor está gravado por alguma forma de impenhorabilidade. Em razão disto, e como não poderia ser de outra forma, a lei posterga o exame desta questão, impondo ao devedor o ônus de alegar e provar a existência de razão que inviabilize a penhora do valor indisponibilizado (art. 655-A, § 2.º, do CPC).

Ademais, estabelece o § 3.º do art. 655-A: "Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida". Essa norma, com o nítido objetivo de evitar que a penhora *on line* possa trazer gravame à pessoa jurídica executada, também serve para dar legitimidade à sua aplicação.

Realmente, o que importa é evitar que a penhora *on line* não se desgaste em razão de situações pontuais – obviamente contornáveis – que possam trazer eventuais inconvenientes ou prejuízos. Assim, por exemplo, considerando-se a tecnologia necessária para a efetivação desta penhora, já é possível localizar e indisponibilizar com precisão o montante que deve ser penhorado, evitando que a penhora *on line* eventualmente recaia sobre mais de uma conta corrente ou de aplicação do executado. Aliás, caso isto aconteça, caberá ao executado – que não cumpriu a sentença ou não adimpliu o título executivo – demonstrar o excesso de penhora, requerendo a sua correção, sem que isto possa soar como algo despropositado.

É preciso deixar claro que o direito à penhora *on line* é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Lembre-se, como visto no v. 1 deste *Curso*, que o direito de ação ou o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva tem como corolário o direito ao meio executivo adequado à tutela do direito material.[31] Não há dúvida de que a penhora *on line* é a principal modalidade executiva

[31] "A tutela jurisdicional é prestada quando o direito é tutelado e, dessa forma, realizado, seja através da sentença (quando ela é bastante para tanto), seja através da execução. De modo que passa a importar, nessa perspectiva, a maneira como a jurisdição deve se comportar para realizar os direitos ou implementar a sua atividade executiva. Ou melhor, o modo como a legislação e o juiz devem se postar para que os direitos sejam efetivamente tutelados (ou executados). Trata-se, na verdade, de trilhar dois caminhos que se cruzam: um primeiro que aponta para a necessidade de

destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exeqüente, argumentando-se, por exemplo, não ter o órgão judiciário como proceder a tal forma de penhora ou não possuir o juiz da causa senha imprescindível para tanto. Como é óbvio, qualquer uma destas desculpas constituirá violação do direito fundamental do exeqüente e falta de compromisso do Estado ao seu dever de prestar a justiça de modo adequado e efetivo.

Finalmente, como já alertado,[32] a penhora *on line* é hoje preferencial em relação a qualquer outro meio de penhora. Isto porque o dinheiro, como se vê do disposto no art. 655, I, do CPC, é o bem prioritário para a penhora e a via eletrônica é o caminho eleito pelo art. 655-A, do CPC, para a realização da penhora desse tipo de bem. Assim, sequer é correto entender que, para viabilizar a penhora *on line* a parte deve, antes, buscar exaurir outras vias de penhora de outros bens. Tal interpretação viola, ao mesmo tempo, as duas regras acima apontadas, não se sustentando. Por isso, não resta dúvida de que a penhora *on line* de dinheiro é a via preferencial, devendo ser priorizada pelo Judiciário.

3.3.6 *Questões particulares da penhora*

A penhora de alguns bens suscita problemas particulares, que devem ser examinados pontualmente. Alguns incidentes na penhora, ou particularidades que revestem algumas das suas espécies, exigem disciplina própria da lei processual.

Se o bem a ser penhorado não se encontrar no âmbito territorial do juízo da execução – ressalvados alguns casos particulares, como o dinheiro, que pode ser penhorado *on line*, e os imóveis –, a constrição deverá ser solicitada ao juízo do local em que o bem se localiza, por meio de carta precatória. Realizada a penhora, em regra também toca ao juízo do local do bem proceder à sua avaliação e, eventualmente, no futuro, à sua alienação, como se verá mais tarde.

Lembre-se, porém, que a carta precatória é desnecessária diante do parágrafo único do art. 475-P, que dá ao exeqüente o direito de "optar pelo juízo do local onde

a técnica processual executiva ser estruturada pela lei conforme o direito material, e um segundo que obriga o juiz a pensar a regra processual definidora das técnicas processuais com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e segundo as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. Assim, obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição. Nesse sentido se pode pensar, por exemplo: (....) vi) nos meios de execução diferenciados" (Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, cit. (*Curso de processo civil*, v. 1), p. 113). Consultar ainda, no mesmo volume 1, p. 241-247 e p. 269-283.

[32] Ver item 3.3.2.

se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado". Caso o exeqüente opte pelo juízo do local em que se encontram os bens sujeitos à expropriação, deverá requerer ao juízo onde foi proferida a sentença condenatória que envie os autos àquele, restando o novo juízo competente para as atividades de execução (materiais) e para os atos decisórios que possam decorrer de eventual impugnação, embargos de terceiro etc.

Quando o objeto da penhora for bem imóvel, a efetivação da constrição se dará mediante a lavratura do respectivo auto ou a assinatura do termo, independentemente de sua localização. Não é necessário que a penhora seja realizada pelo juízo do local em que a coisa se situa, podendo dar-se nos autos, por termo, diante da simples exibição da certidão da matrícula do imóvel (art. 659, § 5.º, do CPC).

Todavia, a penhora assim realizada gera efeitos *apenas entre as partes do processo*, sem afetar terceiros de boa-fé. A proteção que o direito material confere ao terceiro de boa-fé pode frustrar os interesses do credor. Para que isto não aconteça, o exeqüente deverá providenciar a averbação da penhora na matrícula do imóvel, a fim de dar conhecimento ao público da existência da constrição, fazendo surgir "presunção absoluta de conhecimento por terceiros" e inibindo qualquer possível alegação de boa-fé. Esta diligência não cabe ao Poder Judiciário, mas ao exeqüente, que deverá apresentar certidão de inteiro teor do ato de penhora diretamente ao cartório de registro de imóveis que corresponde ao imóvel (art. 659, § 4.º, do CPC).

A penhora de parcela do faturamento de empresa apenas é admitida, em regra, quando não houver outro bem penhorável e desde que feita em montante – apurado por administrador nomeado judicialmente – que não prejudique o seu funcionamento.[33] Nesta linha, o art. 655-A, § 3.º, estabelece que, efetuada a penhora sobre parcela do faturamento de empresa, caberá ao juiz nomear depositário com a incumbência de: i) realizar e submeter à aprovação judicial um esquema de efetivação da constrição e do pagamento; ii) prestar contas mensalmente de suas atividades; e iii) entregar ao exeqüente as quantias correspondentes, até a integral quitação da dívida.

A penhora de bens que produzam frutos ou rendimentos, em princípio – e salvo expressa ressalva –, abrange também os frutos e rendimentos gerados pelo bem. Estes frutos e rendimentos poderão ser levantados pelo credor, na medida em que surgirem, abatendo-se sua importância do crédito objeto da execução (art. 675 do CPC).

Incidindo a penhora sobre créditos, haverá a necessidade de se adotar algumas cautelas, a fim de evitar que o próprio executado receba a importância penhorada, ludibriando a execução. Assim, se o valor estiver representado por título de crédito, a penhora será realizada mediante a apreensão e o depósito (em cartório) do respectivo título (art. 672, *caput*, do CPC). Com isto, qualquer pagamento feito ao devedor não

[33] STJ, 1.ª T., REsp 803435/RJ, rel. Min. Teori Zavascki, *DJU* 18.12.2006, p. 331; STJ, 1.ª T., AgRg no REsp 874671/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, *DJU* 14.12.2006, p. 324; STJ, 2.ª T., REsp 595192/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 05.12.2006, p. 251.

terá o efeito liberatório da dívida representada pelo título. Ademais, se neste caso o devedor der quitação da dívida, esta será considerada em fraude à execução, não surtindo efeitos para a execução (art. 672, § 3.º, do CPC). Se o terceiro pretender exonerar-se da obrigação, poderá depositar a importância representada pelo título em juízo, de modo que sobre tal valor recaia a penhora, caso em que lhe será restituído o título como prova de quitação (art. 672, § 2.º, do CPC). Não havendo a apreensão do título, mas tendo o terceiro confessado a existência da dívida, ficará este como depositário da importância devida, devendo entregá-la quando exigido pelo juízo da execução (art. 672, § 1.º, do CPC).

Se o crédito penhorado não for materializado em título de crédito, a penhora dar-se-á por meio da intimação ao terceiro devedor, para que não efetue o pagamento ao seu credor, ou seja, ao executado, ou mesmo ao credor do terceiro, para que não pratique ato de disposição do crédito (art. 671 do CPC). Estas intimações têm valor idêntico ao da apreensão do título de crédito, restando o devedor do crédito penhorado na condição de depositário, devendo entregar o valor ulteriormente à execução, quando vencida a prestação.

Quando a penhora recair sobre direito que esteja sendo pleiteado judicialmente, esta será averbada no rosto dos respectivos autos, ficando o juízo responsável pela demanda ciente de que o eventual produto favorável ao executado deve reverter em prol da execução (art. 674 do CPC). Este juízo deve tomar a cautela de reservar os bens ou direitos eventualmente auferidos pelo executado, comunicando ao juízo da execução acerca da sua disponibilidade.

A penhora de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como a de empresa, ainda que prevista em lei, não tem sido admitida pelos tribunais. Tal espécie de penhora somente tem sido aceita em casos excepcionais, quando não são localizados outros bens penhoráveis.[34] Esta orientação, embora possa parecer favorável à economia e aos ditames constitucionais do prosseguimento da atividade empresarial, não é a mais adequada. É evidente que esta espécie de penhora não pode ser descartada quando imprescindível à realização do direito de crédito. Mas também não é correto pensá-la como a mais gravosa ao executado, de forma a apenas poder ser feita em último caso. As particularidades do caso concreto, somadas às garantias que esta penhora oferece ao executado, poderão recomendá-la diante de outra modalidade.

Realizada a penhora sobre estabelecimento, cabe ao juiz nomear depositário que, em dez dias, deve apresentar a forma de administração do bem (art. 677, *caput*, do CPC). Ouvidas as partes, essas podem impugnar a proposta realizada, devendo o juiz decidir a respeito (art. 677, § 1.º, do CPC). Desde logo, as partes também

[34] STJ, 1.ª T., AgRg no AgIn 723984/PR, rel. Min. José Delgado, *DJU* 29.05.2006, p. 174; STJ, 1.ª T., MC 4217/RS, rel. Min. José Delgado, *DJU* 28.10.2002, p. 219; STJ, 1.ª T., REsp 354622/SP, rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* 18.03.2002, p. 184.

podem ajustar a forma de administração do bem, sendo-lhes permitido escolher o depositário. Realizado o acordo sobre a administração, esse será homologado pelo juiz, seguindo-se a execução (art. 677, § 2.º, do CPC).

Se a penhora recair sobre empresa que funcione mediante concessão ou autorização, recairá a constrição, conforme a extensão do crédito, sobre certos bens, sobre a renda ou sobre todo o patrimônio da empresa, devendo o juiz nomear depositário, escolhido preferencialmente entre os diretores da pessoa jurídica (art. 678 do CPC). Nos primeiros casos – penhora de bens ou de renda – caberá ao depositário apresentar a forma de administração e o plano de pagamento, que será submetido às partes e, após, à decisão do juiz.[35] Se a penhora recair sobre toda a empresa, antes da sua alienação deverá ser intimado o Poder Público, por conta da necessidade de se preservar a continuidade do serviço público (art. 678, parágrafo único, do CPC).

Realizada a penhora de navio ou de aeronave, permite a lei que continuem operando, desde que prestadas garantias de sua preservação, em razão dos seus elevados valores e dos prejuízos resultantes da sua paralisação. Diz o art. 679 do CPC que estes bens poderão continuar operando até a alienação, mediante autorização judicial, desde que o devedor "faça o seguro usual contra riscos". Poder-se-ia dizer, de modo mais abrangente, que a utilização destes bens está condicionada à garantia pelos eventuais danos que possam sofrer. Assim, não é imprescindível o seguro, bastando a prestação de garantia idônea – por exemplo, caução, fiança etc. –, capaz de responder diante do valor do bem e dos riscos decorrentes da sua utilização. De toda sorte, o proprietário de tais bens, após a penhora, restará *na condição de depositário*, assumindo os riscos daí decorrentes.[36]

3.4 Providências preliminares à satisfação do credor

Efetuada a penhora, há algumas providências que devem ser adotadas antes de se prosseguir com os atos tendentes à satisfação do credor.

3.4.1 A comunicação da penhora aos sujeitos da execução e aos terceiros

Tratando-se de execução de título judicial, a primeira e mais importante providência é a intimação ou citação do devedor – conforme se trate de execução realizada

[35] A Lei 11.382/2006 alterou os arts. 716 e seguintes, eliminando o usufruto de empresa. Ainda assim, sendo viável o usufruto de bens móveis e imóveis e diante da manutenção do art. 678, subsiste o procedimento de satisfação do credor pela percepção temporária de rendas da empresa, por conta da expressa autorização da penhora de parcela do faturamento, contemplada pelo art. 655, VII, do CPC.

[36] Ver José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 237.

por requerimento ou petição inicial, respectivamente[37] – para que, querendo, possa impugnar a execução em quinze dias (art. 475-J, § 1.º, do CPC).

A intimação será realizada, preferencialmente, na pessoa do advogado do executado, independentemente da existência de poderes específicos outorgados em procuração. Somente em casos excepcionais, quando o requerido não tiver advogado constituído, a sua intimação será feita pessoalmente – a ele ou a quem o represente.

A intimação do devedor, posteriormente à penhora, também é exigida pelo art. 659, § 5.º, do CPC, para constituí-lo na condição de depositário, nos casos em que a penhora se realize sobre imóvel, por termo nos autos.

Sempre que a penhora recair sobre bem imóvel de pessoa casada ou que viva em união estável, deverá o cônjuge ou convivente do executado ser intimado da penhora para defender seus interesses (art. 655, § 2.º, do CPC).[38] A partir do mesmo raciocínio, é necessário providenciar a intimação da penhora aos co-proprietários do bem penhorado. Estes têm direito de preservar sua parcela do bem, já que esta não responde pelas dívidas do executado.

Também i) os credores com garantia real, ii) os credores com penhora anteriormente averbada, iii) o senhorio direto do bem, ou, ainda, iv) o usufrutuário devem ser intimados da penhora que recaia sobre o bem gravado com tais ônus (arts. 615, II, e 698 do CPC). Tal intimação visa a preservar a prioridade dos direitos destes credores, que têm o direito de preferência sobre o produto da venda do respectivo bem. Não havendo a intimação, surge para estes credores o direito de desfazer a alienação futuramente ocorrida, ou de manter sua garantia sobre o bem, mesmo após a transferência ao terceiro adquirente, por ocasião da alienação judicial (arts. 619 e 698 c/c art. 694, § 1.º, IV, do CPC).

Por derradeiro, exige-se, também, quando for o caso, a intimação do terceiro garantidor, quando o bem penhorado lhe pertencer (art. 655, § 1.º, do CPC).[39]

3.4.2 Depósito dos bens penhorados

Feita a penhora, é necessário dar aos bens arrecadados um depositário, até que se proceda a sua alienação. O depósito, não obstante a dicção do art. 664 do CPC, não é o ato que determina o momento em que se considera realizada a penhora. Em relação aos imóveis, tal conclusão se mostra evidente a partir da leitura do art. 659, § 5.º. A penhora se dá por meio da simples elaboração do respectivo termo, ocorrendo o depósito apenas posteriormente, com a intimação do devedor. Porém, não é apenas nesta hipótese que a penhora se considera efetuada antes do respectivo

[37] A questão, por importar derivação do procedimento da execução, será melhor analisada adiante.

[38] Ver capítulo anterior, item 2.5.3.

[39] Ver item 3.2.2, *supra*.

depósito. Em qualquer caso em que haja cisão entre os momentos de elaboração do auto ou do termo de penhora e de depósito dos bens, prevalecerá a primeira data.

O depósito é ato complementar à penhora, realizando a função de conservar a coisa. Porém, o principal objetivo da penhora – que é a separação do bem para a satisfação do crédito objeto da execução – ocorre com a elaboração do documento que atesta a existência do gravame processual, independentemente de qualquer outra providência. O depósito pode até mesmo inexistir, como ocorre com os direitos que estiverem sendo pleiteados judicialmente (art. 674 do CPC), já que não se pode considerar como "depositário" o autor no processo em cujos autos a penhora é averbada.

De todo modo, o depósito é providência naturalmente vinculada à penhora, sendo uma de suas conseqüências. Se a penhora impõe o dever de conservar o bem (em que se especifica a responsabilidade pela dívida executada) até a sua alienação, alguém deve responsabilizar-se por esta conservação, surgindo então a figura do depositário.

Afirma o Código de Processo Civil que o depósito deve ser feito, em regra, em mãos de terceiro, não devendo o bem ficar nem com o credor nem com o devedor (art. 666).[40] A conservação da posse sobre a coisa – na pendência da execução – estimula o devedor a empregar expedientes protelatórios com o fito de manter o *status quo*. Diante disto, o art. 666, § 1.º, – na redação da Lei 11.382/2006 –, admite que o executado seja nomeado depositário apenas em duas hipóteses: i) quando houver expressa anuência do exeqüente ou ii) nos casos de difícil remoção do bem (aí incluída a hipótese de penhora de imóvel, prevista no art. 659, § 5.º, do CPC). Ressalvadas essas situações, o depósito dar-se-á sempre em mãos de terceiros.

De acordo com o art. 666 do CPC, os bens penhorados devem ser depositados: "I – no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito; II – em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos; III – em mãos de depositário particular, os demais bens".[41] A penhora de jóias, pedras e objetos preciosos deverá ocorrer com o registro do valor estimado de resgate (art. 666, § 2.º, do CPC).

A constituição do depósito faz surgir os efeitos inerentes à figura. Assim, tem o depositário – salvo quando este encargo for atribuído a uma das partes da execução – direito a remuneração por seu trabalho, a ser arbitrada pelo juiz atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução (art. 149, *caput*, do

[40] Ver Amílcar de Castro, *Do procedimento de execução* (atualizada por Stanley Martins Frasão e Peterson Venites Komel Jr.), p. 181.

[41] Inciso III com a redação dada pela Lei 11.382/2006.

CPC). O encargo de depositário não é obrigatório para o particular,[42] que pode recusá-lo se entender inconveniente ou se não se sentir em condições de cumpri-lo.

Por outro lado, o depositário responde pelos prejuízos causados à coisa depositada, desde que tenha concorrido com dolo ou culpa. Nestes casos, terá direito apenas a ser reembolsado pelas despesas que teve no exercício do encargo, mas perderá o direito à remuneração (art. 150 do CPC).

Também é dever do depositário restituir a coisa, quando instado pelo juízo da execução. Em não o fazendo, será considerado *depositário infiel*, sujeitando-se à prisão civil, de até um ano (art. 902, § 1.º, do CPC). Havia controvérsias doutrinárias sobre a necessidade ou não de se ajuizar ação de depósito para se aplicar a prisão civil ao depositário infiel. Atualmente, não há mais qualquer dúvida sobre a desnecessidade de se propor tal ação, afirmando literalmente o § 3.º do art. 666 que "a prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito".[43]

A condição de depositário legitima-o à proteção dos bens penhorados. Significa dizer que o depositário poderá, se for o caso, requerer providências judiciais em proteção do bem penhorado, devendo ser restituído de qualquer despesa que tiver para tanto. Porém, não é necessário que ajuíze ação judicial para a proteção do bem contra violação da posse por terceiro. Havendo esbulho ou turbação na posse do bem penhorado, poderá reclamar ordem de reintegração ou de manutenção de posse na própria execução, sendo dispensável a propositura de ação judicial. Isto se dá porque o vínculo de posse estabelecido em prol do depositário *é de cunho judicial*, de modo que qualquer afronta a tal posse constitui, *ultima ratio*, afronta à autoridade do Estado.

3.4.3 *Avaliação dos bens penhorados*

A avaliação constitui ato logicamente vinculado à penhora. Se a penhora deve se estender apenas sobre o volume de bens suficiente para saldar o crédito executado, é evidente que a extensão da penhora é determinada na medida em que se avaliam os bens arrecadados. Não se justificaria tomar todo o patrimônio do devedor para, só então, avaliar a parcela necessária para a satisfação da execução, com a liberação do restante. Precisamente por isto, o sistema atual determina que o oficial de justiça, ao tempo em que promove a penhora de bens, deve avaliá-los (art. 475-J do CPC),

[42] Súmula 319 do STJ: "O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado".

[43] Em que pesem as discussões sobre a viabilidade da decretação da prisão civil do depositário infiel, fundadas na recepção pelo direito brasileiro do Pacto de São José da Costa Rica, o debate claramente não se aplica aqui, já que esta prisão – do depositário judicial – não tem por fundamento o cumprimento de relação obrigacional, mas antes de dever judicial. Por isso, é francamente legítima essa prisão, que, ademais, vem respaldada na atual redação do art. 666, § 3.º, do CPC, transcrito no texto.

cessando as diligências, por conseqüência, assim que o produto chegar a valor suficiente para saldar a dívida executada.

Claro que algumas situações dispensarão avaliação. É o que ocorre com a penhora de dinheiro e de títulos ou mercadorias que têm cotação em bolsa (art. 684, II, do CPC), cujo valor será o da cotação respectiva. Nos demais casos, haverá a necessidade de dimensionar a extensão da penhora, sendo imprescindível a avaliação dos bens penhorados.

Em regra, a avaliação dos bens penhorados é realizada pelo próprio oficial de justiça no auto de penhora, sem maiores formalidades. Por esta razão, impõe-se aos tribunais, na fixação de critérios para a admissão de oficiais de justiça, exigir formação mínima que os habilite à avaliação de bens em geral, sob pena de frustrar-se a intenção do art. 475-J do CPC.

O oficial de justiça não pode se negar a avaliar bens de características comuns. Se o bem é do pleno conhecimento do homem médio e não possui características especiais, é dever do oficial diligenciar e atribuir valor ao bem, não podendo se esquivar da sua incumbência.

É certo que pode haver casos em que apenas um especialista é apto a atribuir valor ao bem, como acontece, por exemplo, em relação a obras de arte. Diante da necessidade do concurso de conhecimentos especializados, admite-se que o oficial de justiça fique incumbido apenas da penhora e o juiz nomeie como avaliador alguém reconhecido na área. Neste caso, caberá ao juiz, ao nomear o avaliador, assinar-lhe prazo razoável para a entrega do laudo (art. 475-J, § 2.º).

Esta avaliação deve ser submetida a adequado contraditório, permitindo a efetiva participação das partes durante toda a diligência, desde o instante inicial, em que se define o estado e as características do bem, até o final do procedimento avaliatório, podendo a parte, se for o caso, inclusive indicar assistente técnico.

O laudo pericial – apresentado pelo oficial de justiça ou pelo avaliador nomeado – deverá conter a descrição do bem penhorado, apontando as suas características e o seu estado de conservação, e, logicamente, o seu valor (art. 681, *caput*, do CPC). No caso de penhora de imóvel que permite divisão, o laudo deverá, à vista do valor da execução, sugerir possível desmembramento, atribuindo valor às partes passíveis de separação (art. 681, parágrafo único, do CPC).

Em regra, a avaliação se faz uma única vez. Porém, o art. 683 do CPC admite *nova avaliação* quando: "I – qualquer das partes argüir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador; II – se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem; ou III – houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (art. 668, parágrafo único, inciso V)".

A finalidade essencial da avaliação é fixar parâmetro para a futura alienação judicial. Na primeira hasta pública, o bem não será alienado por preço inferior ao da avaliação (art. 686, VI, do CPC). Na mesma linha, afirma-se que os bens não podem ser adjudicados por valor inferior à avaliação (art. 685-A, *caput*, do CPC). Ademais,

a avaliação é a base do *caput* do art. 701, que diz que "quando o imóvel de incapaz não alcançar em praça *pelo menos 80% (oitenta por cento) do valor da avaliação*, o juiz o confiará à guarda e administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano".

Outro importante objetivo da avaliação é definir a suficiência dos bens penhorados para saldar o crédito executado. Após a avaliação, é possível verificar que bens foram penhorados em excesso ou que o valor dos bens penhorados não é suficiente para responder à totalidade da dívida. Poderá ser necessário, então, reduzir ou ampliar a penhora.

A avaliação também pode implicar variações no procedimento. Verificado, por exemplo, que os bens penhorados não excedem a sessenta vezes o salário mínimo, dispensa-se a publicação de editais para sua arrematação (art. 686, § 3.º, do CPC). Por outro lado, sendo de elevado valor os bens penhorados, poderá o juiz determinar atos para maior publicidade da alienação a ser realizada (art. 687, § 2.º, do CPC).

3.4.4 *Ampliação e redução da penhora, substituição do bem penhorado e segunda penhora*

Realizada a avaliação, o seu valor pode não ser compatível com o crédito executado, seja porque o supera, seja porque é insuficiente para satisfazê-lo. Assim, pode ser necessário, após a avaliação, alterar a penhora, para reduzi-la ou aumentá-la, como ainda substituir os bens penhorados, transferindo a penhora para bens menos ou mais valiosos (art. 685 do CPC).

Este procedimento só se justifica quando o valor dos bens penhorados for *flagrantemente incompatível* com o importe do crédito sujeito à execução. Se a diferença for pequena não há necessidade de correção da penhora, já que os bens não são arrematados pelo exato preço fixado na avaliação, sempre havendo uma margem de variação.

A alteração destinada a ajustar o valor da penhora ao da execução não se confunde com a chamada *segunda penhora*. A segunda penhora constitui *nova penhora* sobre outros bens *ou*, em pelo menos um dos casos, *sobre os mesmos anteriormente penhorados*. Pode ocorrer quando: "I – a primeira for anulada; II – executados os bens, o produto da alienação não bastar para o pagamento do credor; III – o credor desistir da primeira penhora, por serem litigiosos os bens, ou por estarem penhorados, arrestados ou onerados" (art. 667 do CPC).

No primeiro caso há renovação da penhora, diante de decisão que considerou a primeira inválida. Tratando-se apenas de refazer o ato que foi anulado, a segunda penhora pode recair sobre o próprio bem anteriormente penhorado. Quando, após a alienação dos bens, verifica-se que o valor arrecadado não basta para pagar o credor, é necessário fazer uma segunda penhora, procedendo-se à avaliação e praticando-se todos os atos necessários para a alienação. O inciso III do art. 667 alude à situação

em que, após a penhora, o exeqüente verifica que o bem será de pouca utilidade para a execução, por ser litigioso, ou por possuir ônus real, ou outra constrição anterior. Como tais circunstâncias diminuem a possibilidade de o bem penhorado ser alienado ou reduzem o valor da arrematação, tais bens podem deixar de ser idôneos à tutela do direito de crédito, o que dá ao exeqüente a faculdade de desistir da penhora, requerendo que outra seja realizada.

3.4.5 *Alienação antecipada de bens*

Finalizada a penhora e a avaliação, segue a fase voltada à alienação dos bens. Porém, diante de determinadas circunstâncias e do tempo necessário para a alienação, pode ser imprescindível a sua antecipação.

A suspensão da execução, ao impedir o normal prosseguimento do processo, pode tornar necessária a antecipação da alienação. A execução é suspensa quando o juiz confere efeito suspensivo à impugnação, no caso em que são "relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação" (art. 475-M, *caput*); pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador (art. 265, I, do CPC); pela convenção das partes (art. 265, II, do CPC); quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz (art. 265, III, do CPC); e quando o devedor não possuir bens penhoráveis (art. 791, III, do CPC).

Normalmente, a espera não causa prejuízo ao exeqüente, já que o crédito exigido será atualizado até a data do efetivo recebimento do dinheiro pelo credor. Porém, pode acontecer que o sobrestamento do feito, com o impedimento da alienação dos bens, repercuta negativamente nos objetivos do próprio processo, seja porque pode haver desfalque no valor dos bens penhorados ou manifesta vantagem na sua venda imediata.

Diante disto, prevê o art. 670 do CPC a possibilidade da *alienação antecipada de bens*, autorizando o juiz a proceder a venda do bem penhorado não obstante a suspensão da execução. Segundo esta norma, poderá o juiz proceder à imediata alienação de bens quando: "I – sujeitos a deterioração ou depreciação; II – houver manifesta vantagem".

Imagine-se a penhora incidente sobre bens consumíveis, a exemplo de sacas de soja. Estes produtos têm época própria para a venda, em que a cotação atinge seu ápice. De outro lado, depreciam-se facilmente, não podendo ser estocados por grande período de tempo. Haverá, ainda, o componente dos custos para a guarda dos bens, que obviamente deve ser considerado. Tudo isto somado, vê-se que pode existir – para o exeqüente e para o executado – prejuízo na conservação dos bens enquanto tem curso a execução. Muito mais vantajoso é, no momento oportuno, realizar a venda

destes bens, incidindo a penhora sobre o valor resultante da alienação.[44] Mantida a execução, o valor da venda será entregue ao exeqüente; insubsistente a execução, a quantia será restituída ao executado.

A rigor, portanto, a alienação antecipada de bens constitui forma particular de substituição de bens penhorados. Nos casos admitidos na lei, pode ser feita a substituição dos *bens* penhorados pelo *valor em dinheiro* resultante de sua venda imediata. Isto se faz para otimizar os resultados da execução, evitando o perecimento ou a depreciação do bem penhorado – o que, inclusive, pode prejudicar o devedor, que se verá obrigado a aportar mais bens para satisfazer o crédito – ou aproveitando condições favoráveis do mercado, que permitirão que o bem alcance maior valor.

A alienação antecipada de bens pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes. Sendo requerida por uma das partes, deverá o juiz, antes de decidir, ouvir a parte contrária (art. 670, parágrafo único, do CPC), conforme impõe o princípio do contraditório. Desta decisão caberá recurso de agravo por instrumento.

3.4.6 Outras providências

Realizada a penhora, tornam-se desnecessárias as averbações incidentes sobre os bens que não foram penhorados, devendo o juiz determinar seu levantamento, em conformidade com o § 2.º do art. 615-A.

Outrossim, não sendo localizados bens penhoráveis, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento do credor, determinar a intimação do devedor para, em cinco dias, indicar bens que possam ser penhorados (art. 652, § 3.º, do CPC). Preferencialmente, esta intimação será feita ao advogado do executado, apenas se realizando pessoalmente quando o devedor não tiver advogado constituído nos autos (art. 652, § 4.º, do CPC). Desobedecido o comando de indicação, estará caracterizado ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 600, IV, do CPC), incidindo o devedor em multa em proveito do exeqüente, a ser arbitrada pelo juiz em até vinte por cento do

[44] A jurisprudência do antigo TAPR apresenta bons exemplos de alienação antecipada de bens: "Alienação antecipada de bens penhorados. Decisão agravada que defere a alienação. Sacas e fardos de farinha de trigo. Bens perecíveis. Prazo de validade. Necessidade urgente da venda para não perder validade para consumo, inteligência do art. 670, inc. I, do CPC. Decisão agravada correta. Recurso de agravo de instrumento desprovido. Tratando-se de sacas e fardos de farinha de trigo, bens perecíveis, o Juiz autorizará a alienação antecipada dos bens penhorados, sujeitos a deterioração, para que o produto não perca o prazo para consumo, ou seja, a validade. Inteligência do art. 670, I, do CPC" (TAPR, 8.ª Câm. Cív., AgIn 0214717-3, rel. Juiz Paulo Roberto Vasconcelos, j. 18.03.2003). "Execução. Penhora. Bens perecíveis do estoque de estabelecimento comercial. Legalidade. Alienação antecipada. Possibilidade. Recaindo a penhora sobre mercadorias que integram o estoque de estabelecimento comercial da empresa devedora, algumas com prazo de validade limitado, poderá o Juiz, com supedâneo nos termos do art. 670 do CPC, autorizar a alienação antecipada daqueles itens" (TAPR, 3.ª Câm. Cív., AgIn 0154095-2, rel. Juiz Domingos Ramina, j. 16.05.2000).

valor atualizado da dívida executada (art. 601, *caput*, do CPC), sem prejuízo de outras sanções processuais e materiais aplicáveis.

A multa em questão poderá ser exigida pelo exeqüente dentro da própria execução, sendo seu valor cumulado ao da dívida. Por outro lado, esta multa não se confunde com a punição arbitrada nos termos do art. 14, parágrafo único, do CPC, conforme inclusive faz ver o § 1.º do art. 656. O executado que embaraça ou dificulta o curso da execução é sujeito à multa do art. 14, parágrafo único, enquanto que executado que não apresenta os seus bens penhoráveis deve ser penalizado com a multa do art. 601 do CPC. Em um caso concreto, o executado, ao praticar atos que se amoldem a uma e a outra previsão de multa, pode ser sancionado com as duas multas. Mas não é possível sancionar o executado com as duas multas a partir de um único ato, que pretensamente poderia ser enquadrado nas duas previsões de multa.

Outra providência que pode ocorrer nesta fase – antes ou depois da penhora, mas sempre antes da adjudicação ou da alienação dos bens – é a remição da execução. Essa consiste no pagamento ou na consignação integral da dívida executada – acrescida dos outros valores que compõem o valor da execução, a exemplo de juros, custas e honorários advocatícios – pelo devedor ou por terceiro em seu nome (art. 651 do CPC). Havendo a remição da execução, será extinta a execução, diante do exaurimento de seu escopo.

Não se deve confundir a remição da execução com a remissão da dívida que lhe constitui o objeto. A remissão da dívida constitui elemento de direito material, pelo qual o credor *perdoa* o crédito executado. Esse perdão acarreta a extinção da execução, por renúncia do autor ao direito postulado (art. 269, V, do CPC).

Na remição da execução, há ato *do devedor* (ou de alguém em seu nome), semelhante ao reconhecimento do pedido, em que se faz o adimplemento, ainda que tardio, da obrigação; na remissão da dívida, tem-se ato do *credor*, que perdoa a dívida.[45]

[45] Não existe mais no direito brasileiro a *remição de bens*, antes prevista nos arts. 787 a 790 do CPC. Estes dispositivos foram revogados pelo art. 7.º da Lei 11.382/2006.

4

A Defesa do Executado

4.1 Primeiras considerações

Frise-se que, neste momento, importa apenas o estudo da defesa que pode ser apresentada diante da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia (art. 475-N, I, *in fine*, do CPC).

Quando a execução se dá como fase de processo em curso, o réu já foi citado para a fase de conhecimento, dispensando-se nova citação. Neste caso, uma vez realizada a penhora de bens, o executado deverá ser *intimado*, na pessoa de seu advogado,[1] para que possa impugnar a execução. Se o executado não tiver advogado, a intimação será feita pessoalmente (a ele ou ao seu representante legal), por mandado ou pelo correio, podendo o juiz utilizar-se do mesmo mandado de penhora para realizar a intimação (art. 475-J, § 1.º, do CPC).

O executado dispõe de prazo de quinze dias para oferecer a impugnação (art. 475-J, § 1.º, do CPC). Este prazo deve ser contado segundo os critérios do art. 241 do CPC ou da data da publicação do ato no órgão de imprensa oficial. No regime anterior, era unânime o entendimento de que o prazo para a manifestação inicial do executado (que era de vinte e quatro horas) era contado da data da sua efetiva citação – e não da juntada aos autos do mandado de citação cumprido. Esta orientação não tem mais cabimento, já que nada a autoriza. Ao contrário, utilizando-se por analogia

[1] Esta intimação se fará por meio da simples publicação no órgão de imprensa oficial (art. 236 do CPC), salvo em casos especiais, em que se exigirá a intimação pessoal, por mandado ou por carta registrada (art. 237 do CPC).

do regime da execução de títulos extrajudiciais (art. 738, *caput* e seu § 2.º, do CPC), é inevitável a conclusão de que o prazo deve correr da juntada aos autos do mandado ou da data da publicação na imprensa oficial.

Por outro lado, havendo litisconsórcio passivo, caberá a aplicação do art. 191 do CPC quando pelo menos um dos litisconsortes possuir advogado distinto dos demais. Em razão disto, o prazo de quinze dias será dobrado, passando a ser de trinta dias, e seu início só terá curso a partir da publicação da ordem judicial de intimação, no órgão de imprensa oficial, ou da juntada aos autos do último instrumento de intimação cumprido.

É importante advertir que, diante da sistemática atualmente adotada pelo CPC, a intimação para o oferecimento de impugnação somente pode ocorrer depois de efetuada a penhora *e a avaliação* dos bens. Ou seja, para que possa iniciar-se o prazo para o executado deduzir impugnação, é necessário que tenha havido, além da penhora, a avaliação dos bens penhorados. Isto porque, como será melhor explicado adiante, uma das possíveis alegações que o executado pode apresentar em sua impugnação é a existência de "avaliação errônea" dos bens penhorados (art. 475-L, III, do CPC). Esta observação vale tanto para a avaliação a que procede de imediato o oficial de justiça (ao tempo em que procede à penhora dos bens) quanto para o caso excepcional em que a avaliação é realizada por perito (art. 475-J, § 2.º, do CPC).

A circunstância de a intimação apenas poder ser feita após a avaliação não significa que o executado não possa apresentar impugnação antes de ser intimado, ou antes de ser realizada a avaliação. À semelhança do que ocorre na execução de título extrajudicial com os embargos do executado (art. 736 do CPC), a prévia garantia do juízo não é condição para o oferecimento de impugnação. Assim, uma vez iniciada a execução, o executado pode, desde logo, apresentar impugnação. Neste caso, como é óbvio, o executado se apresentará voluntariamente no processo. Ulteriormente, após a realização da penhora e da avaliação dos bens, será formalmente comunicado de que ainda dispõe do prazo de quinze dias para impugnar os termos da execução.

No regime anterior às reformas instituídas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, admitia-se que o executado se opusesse à execução (por meio de embargos do executado) sem a prévia garantia do juízo apenas quando fosse financeiramente carente, não dispondo de bens penhoráveis.[2] Alegava-se que a insuficiência econômica do executado não podia tolher o seu direito de se defender em juízo. É certo que a hipótese era rara, uma vez que o credor não tem interesse na via executiva quando o devedor não possui patrimônio. Porém, atualmente esta situação não mais se coloca, uma vez que o executado – pobre ou não – pode apresentar impugnação independentemente de qualquer garantia do juízo.

[2] Ver STJ, 4.ª T., REsp 7410/MT, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 25.11.1991, p. 17.078.

Na verdade, a questão que este regime novo suscita diz respeito à possibilidade de o juiz conferir efeito suspensivo à impugnação – obviamente, quando presentes os requisitos para tanto (art. 475-M do CPC) – sem a prévia segurança do juízo. O tema será melhor analisado adiante, mas vale desde logo advertir que o CPC condiciona a outorga de efeito suspensivo aos embargos do executado – que constituem o equivalente à impugnação, na execução de título extrajudicial – à prévia segurança do juízo, pela penhora ou outra garantia suficiente (art. 739-A, § 1.º, do CPC), o que coloca a indagação sobre a aplicação desta exigência também no campo da impugnação.

De outra banda, a indicação de que a impugnação deve ocorrer no prazo de quinze dias também não significa concluir que o executado, a partir daí, não tem mais como deduzir qualquer defesa. Poderá fazê-lo desde que se trate de *objeção*, ou seja, desde que se trate de tema que o juiz possa conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 303 do CPC). Portanto, ainda permanece vivo o interesse na chamada "exceção de pré-executividade", embora o seu campo seja hoje, em grande parte, dominado pela impugnação. Por outro lado, poderá ainda defender-se por meio de embargos à arrematação, à alienação ou à adjudicação, mas a matéria é severamente restrita por disposição legal, como se verá a seguir.

Enfim, cabe mencionar que o oferecimento de impugnação não é, evidentemente, a única conduta que o executado pode adotar ao ser intimado. Também poderá proceder ao imediato pagamento da dívida. Normalmente, o pagamento não se dá diretamente, até porque pode ser necessário atualizar a dívida para que o pagamento possa ser integral. Assim, havendo intenção de pagamento, deverá o executado anunciar o seu desejo no processo (independentemente de representação por advogado), a fim de que sejam adotadas as providências necessárias para tanto. Feito o cálculo, será o executado intimado para proceder ao depósito do valor apurado, concluindo-se a execução.

Todavia, o executado não pode valer-se da prerrogativa contida no art. 745-A do CPC, alusiva à execução de título extrajudicial. Esta norma permite que o executado, reconhecendo no prazo de quinze dias a dívida executada, deposite a importância de trinta por cento do valor exigido e pleiteie o parcelamento do restante em até seis parcelas mensais. Esta faculdade, porém, não pode ser admitida na execução de *sentença condenatória*. Não há razão para estimular o condenado a reconhecer a dívida. Esta já foi afirmada na sentença condenatória, após anos de debates entre as partes e de aprofundada cognição judicial. Ademais, também não existe qualquer motivo para se outorgar benefício ou dilação de pagamento ao condenado.

Sublinhe-se que o devedor de título executivo extrajudicial não pode ser comparado ao condenado, assim como o exeqüente de título extrajudicial não pode ser confundido com o autor que requer a execução da condenação. Tratando-se de sentença condenatória, podem estar escondidos por detrás do nome de "exeqüente" o titular de ressarcimento ou de obrigação pelo equivalente, ou mesmo o titular de obrigação pecuniária. Ora, não há como comparar o titular de direito ao ressarcimento pelo dano em pecúnia com o credor de um cheque. Sabe-se que a técnica dos títulos executivos extrajudiciais foi construída para privilegiar determinadas posições sociais, especialmente a dos comerciantes. O credor de obrigação consubstanciada em título executivo extrajudicial é, em regra, uma empresa; ao contrário, quem pede tutela ressarcitória pelo equivalente é, em regra, uma pessoa natural. O sujeito que não detém título executivo extrajudicial, e, por isso, tem que esperar anos até obter a sentença condenatória transitada em julgado, não tem qualquer razão para oferecer ao seu devedor a oportunidade de parcelar a dívida. O condenado não deve ser beneficiado, mas sim pressionado. Do mesmo modo, é equivocado colocar na mesma posição o responsável pelo dano e o devedor de valor instituído em título executivo extrajudicial. Ou melhor, o infrator, que cometeu dano ou descumpriu obrigação e foi condenado após anos de cognição judicial, não pode ser confundido com a pessoa que compra um eletrodoméstico em uma loja de departamentos.

Há razão para estimular o devedor de título extrajudicial – que, por exemplo, compra um produto com cheque ou assina nota promissória – a pagar, para o que o parcelamento da dívida pode ser benéfico. Mas é completamente despropositado outorgar benefício ao condenado. O condenado não deve ser estimulado a pagar mediante benefícios, mas sim estimulado a pagar mediante ameaça ou pena. Se o parcelamento é técnica que serve para estimular o devedor de título executivo extrajudicial ao pagamento, a multa de 10%, prevista no art. 475-J, serve para estimular o condenado a pagar pontualmente. Ou seja, *não há racionalidade em admitir o benefício do parcelamento em favor do condenado quando o próprio sistema dispõe de multa punitiva para estimulá-lo a pagar prontamente.*

O executado também pode se manter inerte, sem apresentar impugnação ou requerer o pagamento. Neste caso, a execução seguirá seu curso, com a prática dos atos executivos necessários à satisfação do direito do exeqüente.

4.2 A impugnação à execução

4.2.1 Conceito e natureza jurídica

No regime anterior à Lei 11.232/2005, a defesa do executado era reservada a uma *ação de conhecimento*, autônoma e incidente sobre o processo de execução, chamada de embargos do executado. O executado que tivesse interesse em se opor à execução deveria ajuizar embargos do executado, tornando-se autor de ação de conhecimento em face do exeqüente.

Apesar da clareza das alterações realizadas no CPC pela Lei 11.232/2005, que conferem ao executado o direito de se opor à execução através de "impugnação" no curso da fase de execução, alguém pode não ter como evidente a sua natureza, concebendo a impugnação como processo incidente ou como ação incidente, proposta pelo executado diante do exeqüente.

No primeiro caso, o legislador teria apenas alterado o nome dos embargos do executado para impugnação, sem abrir mão da sua essência de ação. Sua substância e sua disciplina continuariam a ser idênticos aos conferidos aos embargos à execução, de modo que ainda haveria a constituição de relação jurídica distinta com a formação de processo novo. A necessidade de um novo processo decorreria da circunstância de que a execução, por sua natureza, não admitiria discussão sobre a existência do direito, mas apenas a prática de atos materiais destinados a sua realização. Para a discussão do direito sempre seria necessário instaurar uma relação jurídica própria, essencialmente cognitiva, e dar origem a um processo de conhecimento.

É fácil notar o equívoco desta idéia. Chega a ser absurdo pensar que o processo que, para prestar a tutela do direito material, tem de passar pelas fases de conhecimento e de execução, possui duas relações jurídicas processuais distintas (uma de conhecimento e outra de execução). Ora, a circunstância de o processo necessitar das fases de conhecimento e de execução, para viabilizar a tutela do direito, nada tem a ver com duas relações jurídicas. Trata-se apenas de aspecto técnico do processo, imprescindível à tutela do direito material, e não da existência de relações jurídicas diversas. Assim como o processo, para prestar a tutela jurisdicional do direito, necessita de duas fases, a relação jurídica processual se desenvolve em duas fases.

A outra tese, no sentido de que a impugnação constitui ação incidental, argumenta que a decisão que define a impugnação, porque deve ser marcada pela coisa julgada material, é uma sentença. A admissão deste ato jurisdicional como sentença imporia a aceitação de que a impugnação constitui ação. Porém, esta posição incorre no erro de pretender qualificar a essência de algo olhando para a expectativa de sua conseqüência. Ou melhor, para pensar na estabilidade da decisão que julga a impugnação, evidentemente não é preciso transformá-la em ação.

Ademais, é fora de dúvida que a sentença dependente de execução não presta para a completa tutela jurisdicional do direito. Porém, se a ação é o direito à tutela jurisdicional do direito material, o direito de ação certamente não é atendido pela sentença condenatória. A ação não se exaure com o trânsito em julgado da sentença condenatória, necessitando da fase executiva para poder dar ao autor a tutela que lhe foi prometida pelo direito material. Ou seja, a ação, após a prolação da sentença que condena a pagar quantia, continua a ser exercida, dando origem a uma simples fase executiva. Neste caso, se estaria afirmando a necessidade de duas ações para a obtenção de uma única tutela jurisdicional do direito. Frise-se que a sentença condenatória não constitui tutela jurisdicional do direito, mas mera técnica processual, destinada a viabilizar a obtenção daquilo que foi prometido pelo direito material.

Pela mesma razão, é inconcebível imaginar que o executado, ao se defender da execução, propõe ação, pretendendo *tutela jurisdicional de direito*. Quando a ação passa à fase de execução, o executado, ao apresentar impugnação, obviamente não exerce pretensão à tutela jurisdicional do direito, limitando-se a negar a tutela jurisdicional

do direito almejada pelo autor. Portanto, a impugnação tem nítido caráter de defesa, de reação à tutela jurisdicional do direito, pretendida através da ação.

Na realidade, embora a natureza da impugnação constitua mera decorrência do significado contemporâneo de direito de ação, ela é reafirmada pela própria letra do art. 475-J, § 1.º, que diz que "do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado (...) *podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias*". Quem dá ao executado oportunidade para, querendo, apresentar impugnação certamente lhe dá oportunidade para se defender no próprio processo de execução.

Note-se, aliás, que, na Exposição de Motivos do Anteprojeto que deu origem à Lei 11.232/2005, restou pacífica está idéia, afirmando-se que "não haverá embargos do executado na etapa de cumprimento da sentença, devendo qualquer objeção do réu ser veiculada mediante mero incidente de impugnação". Portanto, não há como deixar de atribuir à impugnação a natureza de defesa, daí surgindo importantes conseqüências para o detalhamento do seu regime jurídico.

4.2.2 Requisitos para a admissibilidade da impugnação

Quando se pensa na "sentença proferida no processo civil" (art. 475-N, I), é preciso observar que a impugnação apenas é cabível quando pende execução de sentença que condenou a pagar quantia. Embora a afirmação possa soar óbvia, é ela necessária para que não se imagine que o instituto também é aplicável às sentenças que impõem fazer, não fazer ou entrega de coisa. A impugnação só é viável, diante do inciso I do art. 475-N, no caso de sentença que reconhece obrigação de pagar quantia.

Outrossim, a admissão da impugnação à execução de sentença depende da observância do prazo definido para o seu oferecimento. Ainda que se admita que o executado possa oferecer *defesa* na execução depois do prazo de quinze dias (art. 475-J do CPC), esta defesa não poderá ser articulada mediante *impugnação* (a que aludem os arts. 475-L e 475-M do CPC), mas sim por outra via, a ser adiante examinada.

O prazo de quinze dias é contado a partir da intimação do executado do auto de penhora e avaliação (art. 475-J). Esta intimação será realizada, preferencialmente, na pessoa do advogado do executado, por meio de publicação do ato no órgão de imprensa oficial. Não havendo advogado constituído, a intimação será realizada diretamente junto ao executado ou a quem o represente, por mandado ou através do correio.

A contagem deste prazo segue as regras comuns, iniciando-se da data da publicação do ato no órgão de imprensa oficial ou a partir da juntada aos autos do mandado ou do aviso de recebimento cumprido, respeitando-se o que prevê o art. 241 do CPC. Aplica-se também aqui a causa de modificação de prazos estabelecida no art. 191, havendo vários executados com procuradores distintos.

A existência de prazo não impede que, *antes* do seu curso ter início, o executado apresente a impugnação. Poderá fazê-lo, desde que respeitados os outros requisitos para a admissibilidade da impugnação.

A impugnação deverá cingir-se às matérias enumeradas no art. 475-L, conforme se verá adiante. O executado pode argüir, através da impugnação, outras *objeções* – defesas que o juiz pode conhecer de ofício –, embora a maioria delas possa subsumir-se, em uma interpretação ampliativa, aos incisos do art. 475-L.

Para a apresentação de impugnação não se requer a prévia segurança do juízo. Não há regra específica sobre a questão e o art. 475-J, § 1.º, poderia insinuar outra resposta, já que diz que a intimação para o executado impugnar se dá depois de realizada a penhora. O art. 736 expressamente permite o oferecimento de embargos à execução de título extrajudicial independentemente da prévia garantia do juízo. Observando-se o sistema executivo, nota-se que, diante da regra da não-suspensividade da impugnação (art. 475-M) e dos embargos à execução de título extrajudicial (art. 739-A), a *prévia* realização de penhora não é mais imprescindível para tornar o juízo seguro enquanto são processados a impugnação e os embargos. Antigamente, como os embargos tinham efeito suspensivo – podendo paralisar por anos a execução –, era preciso deixar o exeqüente seguro de que o seu direito seria satisfeito no caso de improcedência dos embargos. Hoje, como a penhora pode ser feita no curso da impugnação e o seu eventual efeito suspensivo, obviamente, não pode impedir a sua realização, já que a penhora, além de necessária para segurar o juízo,[3] não pode causar "grave dano de difícil ou incerta reparação", a prévia segurança do juízo não constitui requisito de admissibilidade da impugnação.

O CPC não diz quem é autorizado a apresentar impugnação. Limita-se a afirmar que o executado deverá ser intimado para, querendo, fazê-lo. É evidente que o principal interessado em deduzir impugnação é o executado. Porém, a autorização para tanto não é apenas sua, devendo-se aqui também aplicar a interpretação prevista para os embargos do executado. Em paralelo ao que acontece nos embargos do executado, também se deve autorizar ao cônjuge do executado apresentar impugnação, ainda quando não seja parte no processo. É que a incidência da execução sobre o patrimônio da família impõe a autorização para o cônjuge apresentar impugnação, especialmente porque poderá vir a sofrer os efeitos concretos da execução. Não se trata de permitir que o cônjuge venha a defender sua meação, ou seus bens reservados ou próprios, contra eventual penhora indevida. Para tanto está prevista a via dos embargos de terceiro (art. 1.046, § 3.º, CPC). A autorização para o cônjuge apresentar impugnação se presta a lhe permitir alegar as matérias específicas arroladas no art. 475-L, simplesmente porque sua condição particular fará com que possa sofrer, faticamente, os efeitos da execução.

[3] Lembre-se que o art. 739-A, § 1.º, do CPC, diz o seguinte: "Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. § 1.º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, *e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes*".

O terceiro que teve seus bens penhorados na execução – porque sujeitos à responsabilidade patrimonial – também deve ter a possibilidade de apresentar impugnação. É evidente a sua legitimidade para apresentar impugnação, especialmente porque, *ultima ratio*, é o terceiro quem vai responder pela dívida com o seu patrimônio.

A questão da competência não põe problemas. Tratando-se de defesa, é evidente a necessidade da sua apresentação ao juízo da execução. Note-se que, por juízo da execução, não se deve entender o juízo que proferiu a sentença, porque a execução pode se realizar perante outro juízo – como o do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação –, conforme expressamente faculta o art. 475-P, parágrafo único, do CPC. Portanto, a impugnação deverá ser apresentada ao órgão perante o qual a execução se processa.

Porque não se trata de nova ação, nem de processo distinto, não há preocupação com as condições da ação ou com os pressupostos processuais. Tais requisitos serão os mesmos da fase de conhecimento, de modo que, se já estavam anteriormente presentes, continuarão intactos. Se ausentes, é tema que sempre se pode apontar, independentemente da impugnação.

A petição de impugnação não se submete a requisitos formais. Não constituindo petição inicial, dispensa a observância dos requisitos do art. 282 do CPC. Haverá apenas a necessidade de um conteúdo determinado, imprescindível para o exercício do direito veiculado através da impugnação, valendo observar que a construção da impugnação pode se servir dos elementos delineados no art. 300 do CPC.

4.2.3 Matérias que podem fundar a impugnação

O art. 475-L define as matérias argüíveis por meio da impugnação. Segundo este artigo, "a impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença".

O elenco apresentado nesse rol não impede – nem poderia impedir – a alegação de *objeções*, desde que posteriores ao trânsito em julgado da sentença.[4] A coisa julgada sana qualquer defeito e nulidade que pudesse existir no processo, sendo que, com a sua formação, qualquer alegação que o réu pudesse ter apresentado à pretensão do autor não poderá mais ser trazida à apreciação do Judiciário (art. 474 do CPC). As exceções a tais assertivas ficam por conta dos casos de ação rescisória (art. 485 do CPC), das situações de inexistência processual (*querela nullitatis*) e das hipóteses arroladas no art. 475-L.

[4] Ou enquanto não houver sido formada a coisa julgada, tratando-se de execução de decisão provisória.

Portanto, qualquer defesa que pudesse ter sido oferecida na fase de conhecimento, tenha ou não sido deduzida, não poderá mais ser apresentada. Seu exame resta inviabilizado, porque a coisa julgada formada impede a sua apreciação. Entretanto, as objeções processuais surgidas depois do trânsito em julgado (como o impedimento do juiz que processa a execução, se distinto daquele que julgou a causa[5]), embora não incluídas no art. 475-L, certamente devem ser admitidas.

Do mesmo modo, tratando-se de execução de decisão provisória, *todas as objeções processuais* – porque não sujeitas a preclusão (art. 301, § 4.º, do CPC) – e as defesas de mérito que têm esta qualificação (arts. 303 e 462 do CPC) podem ser apresentadas até o trânsito em julgado da decisão que constitui o título executivo, porque sobre elas não há preclusão (art. 473 do CPC, *a contrario sensu*).

Por outro lado, também não se impede a alegação, no curso da execução, da falta de pressuposto processual de existência, como se verá adiante.

De toda sorte, ressalvados estes casos excepcionais, o tema da impugnação deverá subsumir-se a uma das hipóteses legais, a seguir examinadas.

a) Falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia. O primeiro dos fundamentos elencados para a impugnação é a ausência ou a nulidade da citação no processo, quando este defeito não tenha sido suprido pelo comparecimento espontâneo do réu (art. 214, § 1.º, do CPC).

Observou-se acima que a coisa julgada formada sobre a sentença sana qualquer defeito processual que pudesse haver na fase de conhecimento. Tem-se aqui uma das raras exceções a tal efeito. Trata-se da chamada *querela nullitatis insanabilis* – já conhecida no direito intermédio –,[6] que considera inexistente o processo em que não ocorre a citação, ou em que esta não se faz na forma prevista em lei. Ora, se o processo é inexistente, não se pode considerar como existentes – e, por conseqüência, válidos – os atos nele praticados. Por conta disto, a sentença proferida neste processo não pode subsistir, conduzindo à inviabilidade da execução nela assentada.

Note-se que o reconhecimento deste defeito não depende de ação rescisória. Aliás, neste caso, a ação rescisória é incabível, uma vez que não se trata de sentença *nula*, mas inexistente. Entende-se, assim, que tal vício pode ser alegado através de impugnação ou por meio da ação de que trata o art. 486 do CPC – a ação declaratória de inexistência de ato processual.

Seria possível questionar se outras hipóteses de inexistência processual também poderiam ser alegadas na via da impugnação à execução. Admite-se a imprescindibilidade de órgão jurisdicional, de pedido e das partes. Nesta linha, constatando-se a falta de um destes elementos, não há razão para impedir a sua alegação por meio da impugnação. A razão que viabiliza a alegação de falta ou nulidade de citação, em

[5] No caso do art. 475-P, parágrafo único, do CPC, que, por tratar-se de competência funcional, constitui competência absoluta.

[6] Piero Calamandrei, La cassazione civile. *Opere giuridiche*, v. 6, p. 131 e ss.

caso de revelia, deve também permitir que estes outros vícios sejam deduzidos através da impugnação.

Ademais, é preciso atentar para o fato de que este defeito não tem cabimento em qualquer forma de impugnação, mas apenas em relação àquela que se dirige a atacar a execução fundada em *sentença condenatória*. Realmente, os outros títulos – ressalvada a sentença arbitral, mas por outra razão[7] – não se subordinam à citação prévia ou, ao menos, não tem o juiz a competência para desfazê-los sob tal fundamento.

b) Inexigibilidade do título. A "inexigibilidade do título" é expressão genérica, que fundamenta qualquer alegação que possa negar força executiva ao título apresentado. São exemplos desta hipótese a existência de recurso com efeito suspensivo, ou o não escoamento do prazo previsto para o cumprimento voluntário da obrigação contida no título.

Situação particularmente importante de inexigibilidade do título é apresentada pelo § 1.º do art. 475-L. Segundo este parágrafo, "para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal". A regra, inicialmente introduzida no CPC através de medida provisória – e posta no parágrafo único do art. 741 – teve o objetivo de permitir que a União Federal rediscutisse condenações anteriormente sofridas.

Embora o Supremo Tribunal Federal venha chancelando[8] – sem, todavia, enfrentar diretamente a questão da inconstitucionalidade da norma[9] – o primitivo art. 741, parágrafo único, parece que essa norma e o § 1.º do art. 475-L são inconstitucionais, uma vez que negam a autoridade da coisa julgada material e, assim, um dos alicerces do Estado de Direito.

Note-se que o § 1.º do art. 475-L objetiva permitir ao réu alegar, em impugnação, *que a sentença transitada em julgado*, ao ter se "fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal", ou "em aplicação ou

[7] A sentença arbitral também exige o contraditório para a sua validade (art. 21, § 2.º, Lei 9.307/96). Porém, o desrespeito ao contraditório não constitui vício alegável em impugnação com base no art. 475-L, I, mas sim com fundamento no art. 32, VIII, c/c o art. 33, § 3.º, da Lei de Arbitragem.

[8] STF, 1.ª T., AgRg no AgIn 481990-1/SP, rel. Min. Eros Grau, *DJU* 08.04.2005, p. 18; Rcl 4.408/RJ-MC, decisão monocrática do Min. Cezar Peluso, *DJU* 13.06.2006, p. 12; Rcl 4.398/RS, decisão monocrática do Min. Cezar Peluso, *DJU* 16.06.2006, p. 36.

[9] Foi proposta ação direta de inconstitucionalidade questionando o parágrafo único do art. 741 (ADIn 2418-3/DF, rel. Min. Cezar Peluso). Vale ressaltar que nesta ação, que aguarda julgamento, o parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República é no sentido da inconstitucionalidade da norma.

interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal", *constitui um título inexigível*.

Pretende-se que, uma vez reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de norma ou de interpretação de norma que constitua o fundamento eficiente do título executivo, torne-se este inexigível e, deste modo, passível de impugnação. Para que incida a situação, é necessário que a norma (ou a sua interpretação) seja decisiva para a formação da sentença de procedência. Ou melhor, se a questão da inconstitucionalidade for circunstancial, não se mostrando imprescindível para a manutenção da condenação, não se cogitará de inexigibilidade de título.

É indiferente para a aplicação da regra a circunstância de a decisão do Supremo Tribunal Federal *ser anterior ou posterior* à formação do título executivo. Em qualquer das hipóteses, a inexigibilidade do título está caracterizada. Do mesmo modo, vê-se que não há ressalva no texto legal sobre a necessidade de a inconstitucionalidade ser pronunciada em via direta pelo Supremo Tribunal Federal. A norma aplica-se indistintamente aos casos de controle concentrado e difuso, direto ou incidental, independentemente de eventual suspensão da norma pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF).

Assim, a simples pronúncia de inconstitucionalidade da interpretação da lei, caracterizada no julgamento de vários recursos extraordinários, pode implicar a ineficácia de sentença transitada em julgado proferida em época em que a interpretação acerca da norma constitucional não era pacífica nos tribunais, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvida de que, se a sentença se funda em norma já declarada inconstitucional ou em interpretação já considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cabe ação rescisória com base no art. 485, V, do CPC. O mesmo ocorre quando a sentença confere à norma interpretação manifestamente *inconstitucional*, ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha assentado anterior posição sobre o assunto.

Porém, há situação distinta quando a sentença se funda em interpretação legal que não se choca com declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, ou não se funda em interpretação *manifestamente* inconstitucional. Se, à época em que a sentença transitou em julgado, o Supremo Tribunal Federal ainda não havia se posicionado a respeito e a interpretação da norma era controvertida, o Supremo Tribunal Federal não pode ter o poder de, posteriormente, cancelar a eficácia da sentença.

Caso isto fosse possível, existiria uma curiosa forma de controle da constitucionalidade das decisões jurisdicionais transitadas em julgado. Ora, há enorme diferença entre controlar a constitucionalidade da lei, para impedir a formação de coisa julgada contrária à Constituição Federal, e de controlar a constitucionalidade da própria decisão jurisdicional transitada em julgado, que interpreta a norma à luz da Constituição Federal. A segunda possibilidade configura inaceitável controle do

Supremo Tribunal Federal sobre decisão marcada pela coisa julgada material, que é característica imprescindível para que a jurisdição não se torne carente de imperatividade, e, deste modo, não deixe de representar poder.

Lembre-se que, no direito alemão, Rosenberg, Schwab e Gottwald afirmam expressamente que "a coisa julgada material é uma conseqüência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito".[10]

Note-se que a Constituição portuguesa, em que buscou inspiração o legislador brasileiro para editar a Lei 9.868/99 – que "dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal" –, ao admitir a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade (art. 282, n. 1), ressalva expressamente a coisa julgada material. Diz o art. 282, n. 3, da Constituição portuguesa, que "*ficam ressalvados os casos julgados*, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido".[11]

Canotilho, ao explicar esta ressalva da Constituição portuguesa, esclarece a necessidade de se preservar a intangibilidade da coisa julgada material, diante da sua imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito. Segundo Canotilho, "quando a Constituição [portuguesa] (art. 282, 3) estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento *na lei inconstitucional*. Deste modo, pode dizer-se que elas não são nulas nem reversíveis em conseqüência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. (...) *Em sede do Estado de Direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito*".[12]

Deste modo, o § 1.º do art. 475-L é, a nosso ver, inconstitucional, por pretender dar à jurisdição o poder de controlar a compatibilidade das suas próprias decisões, já acobertadas pela coisa julgada material, com as posteriores manifestações do Supremo Tribunal Federal. Ou ainda: por pretender outorgar ao Supremo Tribunal Federal o poder de impor a sua decisão sobre a coisa julgada, fazendo surgir uma espécie de controle da constitucionalidade das decisões jurisdicionais revestidas pela coisa julgada material.

---

[10] No original: "Materielle Rechtskraft is notwendige Folge des Rechts auf Rechtschutz durch die Gerichte. Sie findet ihre verfassungsgemäße Verankerung im Rechtsstaatsprinzip" (Rosenberg, Schwab e Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 915).

[11] Ver, no v. 2 deste *Curso de Processo Civil (Processo de conhecimento*, cit., Parte III), capítulo que trata da questão da relativização da coisa julgada.

[12] José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.004.

c) Penhora incorreta ou avaliação errônea. Como é óbvio, os defeitos do procedimento da execução também podem ser alegados em impugnação. Assim, defeitos presentes na penhora dos bens – a exemplo da penhora de bem impenhorável, ou excesso na penhora – e também erro na avaliação podem ser alegados nesta oportunidade.

A previsão do inciso III do art. 475-L demonstra que a intimação para a impugnação (a que alude o art. 475-J, § 1.º) somente deve ocorrer *após a avaliação dos bens penhorados*. Isto porque, sendo deixada a avaliação para outro momento, é logicamente inviabilizada a alegação de "avaliação errônea" na impugnação.

O "erro na avaliação" a que alude o texto deve ser tomado em sua acepção larga, ou seja, como incongruência entre o valor real do bem penhorado e aquele atribuído na avaliação. Se isso decorre de erro, de dolo ou de outra causa, não é relevante.

d) Ilegitimidade das partes. É necessário cautela ao se examinar este caso de impugnação, para não se incidir no equívoco de supor que a lei permite a alegação, na fase de execução, de possível ilegitimidade de partes existente na fase de conhecimento. Não é possível reabrir a discussão de condição da ação na oportunidade da execução. Ou esta questão já foi expressamente examinada na fase de conhecimento, de ofício ou por alegação específica da parte, ou se tornou indiscutível, em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC).

Se a execução constitui apenas a fase final da ação que conduziu à sentença condenatória, o réu apenas poderá argüir a ilegitimidade das partes a partir da relação de adequação entre o requerimento de execução e a sentença condenatória. Ou seja, a impugnação permite apenas que se aponte defeito nos pólos da fase executiva – sempre a partir do que restou cristalizado na sentença condenatória –, ou porque quem requer a execução não poderia fazê-lo, ou porque o executado não responde pela dívida exigida.

e) Excesso de execução. De acordo com o art. 743, há excesso de execução: "I – quando o credor pleiteia quantia superior à do título; II – quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; III – quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença; IV – quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582); V – se o credor não provar que a condição se realizou" (art. 743 do CPC).

A impugnação permite ao executado contestar a liquidação realizada pelo credor. A liquidação aqui tratada não é apenas a liquidação por cálculo, que é oferecida com o requerimento de execução, mas também as outras formas de liquidação (arbitramento e artigos).

Porém, o executado, ao afirmar que o credor pleiteia quantia superior à resultante da sentença, deverá declinar, de imediato, o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar da impugnação (art. 475-L, § 2.º). Na verdade, mais do que simplesmente *alegar* que o valor executado está errado e *afirmar* aquele que entende

correto, deverá o executado apresentar a respectiva *memória de cálculo*, realizando *argumentação capaz de demonstrar* o erro do exeqüente.

Saliente-se que não basta ao devedor apresentar a sua memória de cálculo, apontando o valor que entende correto. O executado deverá demonstrar, a partir da sua memória de cálculo, a razão do erro do exeqüente e o motivo que evidencia que o seu valor é o correto. Não fosse assim, não teria sentido exigir do exeqüente a discriminação da sua memória de cálculo quando do requerimento de execução (arts. 475-J e 614, II, do CPC), da mesma forma que pouco valeria dizer que, para impugnar alegando excesso de execução, o executado deve declinar o valor que entende correto (art. 475-L, § 2.º). Ora, o executado, mesmo sem qualquer razão, pode facilmente *afirmar* que o valor postulado não está de acordo com a sentença, sendo exatamente esta a situação que se pretende evitar.

Tratando-se da situação descrita no art. 475-B, § 4.º – na qual o exeqüente, em que pese o cálculo apresentado pelo contador, prefere promover a execução pela importância que inicialmente postulou –, poderá o executado, ao apresentar a impugnação, valer-se da própria planilha do contador judicial ou apresentar outra, espelhando cálculo distinto, que repute correto.

No caso de impugnação que trate de liquidação por arbitramento ou por artigos, cumprirá ao executado apresentar as razões da sua irresignação, demonstrando o erro no arbitramento havido, ou debatendo a prova apresentada na liquidação por artigos.

É claro que a discussão dos termos da liquidação, pela via da impugnação, somente será possível caso não tenha ocorrido anteriormente. No caso de o juiz ter decidido sobre a liquidação antes de iniciada a execução, a questão resta preclusa, não podendo ser retomada através da impugnação.

Caso o executado não observe a exigência do § 2.º do art. 475-L, afirmando e demonstrando o valor que entende correto, a impugnação será liminarmente rejeitada. O que pretende a norma, como é óbvio, é exatamente evitar alegações destituídas de fundamento, bem como a utilização da impugnação como meio de protelação do pagamento da quantia devida.

Ao exigir que o executado decline o valor que entende correto, mediante adequada demonstração, o art. 475-L, § 2.º não só *elimina a possibilidade de arbítrio* do executado – que não tem mais a simples opção de afirmar, sem argumentar adequadamente, que o valor executado está errado –, como ainda permite que a execução *prossiga pelo valor incontroverso*. A estratégia de obrigar o executado a dizer o valor que reputa devido, para viabilizar o prosseguimento da execução pelo valor incontroverso, é altamente positiva, pois dá efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo e desestimula as defesas destituídas de fundamento, voltadas apenas a protelar o pagamento da quantia reconhecida na sentença condenatória.

f) Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Inserem-se aqui todas as causas que, por alguma razão, alteram o conteúdo da obrigação exigida, seja para extingui-la, seja para modificar seu conteúdo, seja ainda para impedir sua exigibilidade. Dentre as causas de extinção da obrigação, sobressaem o pagamento, a compensação, a novação, a prescrição e a confusão. Assim, por exemplo, se, no curso da execução, o devedor paga a dívida exigida, se recebe um crédito compensável com aquele objeto da execução ou se nota que o prazo em que o credor poderia exigir o cumprimento da prestação já se esgotou, poderá alegar esta questão na impugnação, eliminando o objeto da execução. Do mesmo modo, se é verificada no curso da execução a inexistência do cumprimento da contraprestação do credor (causa impeditiva) ou a prévia cessão do crédito (causa modificativa), estes temas podem ser alegados pelo devedor em sua defesa.

Obviamente, as causas impeditivas e modificativas não conduzirão necessariamente à extinção da execução. O acolhimento de tais alegações poderá resultar na paralisação da execução (em relação às causas impeditivas) ou na alteração do seu conteúdo (no caso de matérias modificativas).

Em princípio, cabe ao réu apontar, na contestação, toda a matéria de defesa que tiver, sob pena de preclusão (art. 300 do CPC). Mas há matérias que podem ser alegadas posteriormente, devendo ser consideradas pela sentença quando relevantes para a decisão da causa (arts. 303 e 462 do CPC). Porém, as questões posteriores à sentença, conforme deixa claro o art. 475-L, VI, podem ser alegadas através de impugnação.

De todo modo, há um reparo a ser feito. O art. 517 do CPC autoriza o recorrente a alegar, em apelação, as questões de fato não apresentadas no primeiro grau por motivo de força maior. Portanto, apenas as questões posteriores à apelação (ou às suas contra-razões) podem ser deduzidas através da impugnação, uma vez que, sobre o restante, há preclusão. Recorde-se, por outro lado, que nos recursos especial e extraordinário não se admite a alegação de matéria de fato, de forma que o surgimento de defesa neste interregno autoriza sua alegação mediante impugnação, não incidindo aí a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC).

4.2.4 Concessão de efeito suspensivo à impugnação

No regime anterior ao sistema executivo instituído pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, os embargos do executado, uma vez recebidos, suspendiam a execução. Dizia o revogado § 1.º do art. 739: "Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo". A sentença de improcedência dos embargos fazia desaparecer o efeito suspensivo da execução. Eventual interposição de apelação não reativava a suspensão da execução. Ou seja, em caso de sentença de improcedência dos embargos, a execução prosseguia normalmente, ainda que interposto recurso de apelação pelo embargante.[13]

[13] Ver, por todos, Edson Ribas Malachini, *Questões sobre a execução e os embargos do devedor*, p. 131 e ss.

Como a admissibilidade dos embargos do executado dependia de prévia segurança do juízo pela penhora (art. 737, I – revogado), a execução, no caso de embargos, não caminhava além da penhora. A satisfação do credor era postergada. Porque a execução era paralisada com o recebimento dos embargos, estimulava-se o executado a apresentá-los para protelar a satisfação do direito reconhecido na sentença condenatória.

O sistema executivo instituído pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 eliminou a regra da suspensividade da execução diante da apresentação de *reação* – agora *impugnação* ou *embargos do executado* (arts. 475-M e 739-A do CPC). O art. 475-M objetivou permitir o prosseguimento da execução, não obstante a apresentação de impugnação. A impugnação não paralisa o curso da execução, nem impede a adoção de atos expropriatórios ou satisfativos do crédito exeqüendo.

Embora a admissão da impugnação não suspenda a execução, a norma do art. 475-M confere ao juiz o poder de atribuir-lhe o efeito de suspender a execução, quando "*relevantes* seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja *manifestamente suscetível* de causar ao executado *grave dano de difícil ou incerta reparação*".

Trata-se do emprego da técnica dos pesos e contrapesos, apostando-se, desde logo, no direito do autor, e, portanto, na prática dos atos de execução, mas permitindo-se, diante da relevância dos fundamentos da impugnação e da manifesta possibilidade de grave dano, que o juiz possa suspender a prática dos atos executivos.

Quer dizer que o art. 475-M prioriza o valor da eficácia da sentença condenatória, fazendo com que ela possa produzir os seus efeitos normais, que não são obstaculizados pela apresentação da impugnação. Tal valor apenas cede quando os fundamentos da impugnação são *relevantes*, e, além disto, o prosseguimento da execução é *manifestamente* suscetível de causar ao executado *grave* dano de difícil ou incerta reparação.

Note-se que são três os fundamentos que autorizam a suspensão da execução: i) a *relevância* dos fundamentos da impugnação; e que a execução seja ii) *manifestamente* suscetível de causar iii) *grave dano de difícil ou incerta reparação.*

É claro que a lei, ao conceder este poder ao juiz, acredita que a análise de tais requisitos será feita de maneira prudente e rigorosa. Não basta ao juiz *alegar* a relevância dos fundamentos da impugnação e a manifesta possibilidade de dano. É necessário que o juiz *argumente de modo a demonstrar* que a relevância da impugnação e a manifesta possibilidade de dano devem obrigatoriamente obstaculizar o prosseguimento da execução.

Como existe *presunção legal em favor do direito do exeqüente e da execução*, a suspensão da execução faz com que os fundamentos da impugnação e a possibilidade de dano ao executado *sejam gravados pelo ônus da argumentação.* Ou seja, a suspensão da execução só é legítima quando é possível ao juiz demonstrar, através de raciocínio argumentativo, que a relevância dos fundamentos da impugnação e a possibilidade de dano se sobrepõem à sentença condenatória e à normal produção dos seus efeitos.

A falta de fundamentação na decisão que concede efeito suspensivo à impugnação exige, só por isto, a sua imediata cassação, viabilizando, desta forma, a interposição de agravo por instrumento, com requerimento de efeito suspensivo (art. 527, III, do CPC).

A relevância dos fundamentos da impugnação requer análise diferenciada, conforme o fundamento da impugnação e as particularidades do caso concreto, notadamente porque tal requisito deve prevalecer sobre a sentença condenatória, que detém forte presunção de existência do direito. Assim, por exemplo, a falta ou a nulidade da citação, evidenciada através de prova documental, certamente pode gerar a convicção de relevância dos fundamentos da impugnação de forma bem mais fácil do que a inexigibilidade do título.

Lembre-se, ainda, que a suspensão da execução é viável diante de todos os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais. Porém, é inquestionável que a força dos títulos executivos é diversa. Não se pode comparar o valor de um título executivo judicial com o valor de um título executivo extrajudicial. A sentença condenatória transitada em julgado e a sentença que homologa acordo judicial detêm um grau de legitimidade, advinda da autoridade de quem as firmou, evidentemente superior ao de um cheque ou de uma nota promissória, os quais nada mais são do que documentos particulares que guardam a probabilidade da existência do direito. Frise-se, aliás, que qualquer documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas constitui título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC).

Por outro lado, ao se considerar apenas os títulos executivos judiciais, não há como deixar de ver a distinção entre a sentença condenatória e a sentença arbitral. Esta última abre ensejo à impugnação, que pode se fundar não apenas nos incisos do art. 475-L, mas também em qualquer inciso do art. 32 da Lei de Arbitragem (art. 33, § 3.º, da Lei de Arbitragem). Assim, por exemplo, o réu pode argüir a nulidade do compromisso arbitral ou que a sentença emanou de pessoa que não podia ser árbitro (art. 32, I e II, da Lei de Arbitragem).

Em suma, quanto maior for a força do título executivo (sentença condenatória transitada em julgado ou sentença homologatória de acordo judicial), mais difícil será argumentar em benefício da relevância dos fundamentos da impugnação. Por outro lado, conforme o fundamento da impugnação e as particularidades do caso concreto, mais fácil ou difícil será evidenciar a relevância dos fundamentos da impugnação.

Resta analisar os dois outros requisitos para a concessão do efeito suspensivo. O prosseguimento da execução deve ser *manifestamente suscetível* de causar dano, diz o art. 475-M. Ou seja, não basta que a execução *possivelmente* ou *provavelmente* possa causar dano. É preciso que o seu prosseguimento seja *manifestamente suscetível* de causar dano. A norma é clara: caso o prosseguimento da execução possivelmente ou provavelmente possa gerar dano, não se admite a sua suspensão. Esta apenas pode ocorrer quando o prosseguimento da execução certamente ou inevitavelmente seja suscetível de causar dano ao executado.

Porém, a execução deve ser manifestamente suscetível de causar dano *grave, de difícil ou incerta reparação*, e não qualquer dano, de fácil ou certa reparação. Trata-se de uma expressão indicativa, necessária para permitir a avaliação dos diversos casos concretos.

É evidente que a execução não pode ser suspensa apenas porque o bem penhorado está pronto para ser alienado. Quando se instituiu a regra de que a impugnação não tem efeito suspensivo, admitiu-se que a execução pode caminhar até a satisfação do exeqüente, devendo ser suspensa apenas em casos excepcionais. Fora destas hipóteses, a execução deve prosseguir normalmente, inclusive com a alienação dos bens. Ora, se a execução tivesse que ser suspensa ao beirar a alienação do bem, não teria ocorrido qualquer modificação no sistema executivo, ao se deixar de atribuir efeito suspensivo à reação do executado.

Portanto, a alienação de bem não representa, por si só, "grave dano". A alienação somente configura grave dano quando diz respeito a bem com qualidades ou características particulares, capazes de tornar a alienação manifestamente suscetível de trazer grave dano, de difícil ou incerta reparação. Ou seja, apenas a alienação de bem dotado de particularidades – e não qualquer alienação de bem – é capaz de gerar o "grave dano" exigido para a suspensão da execução.

Assim, somente quando o bem tiver, em sua configuração, características especiais, ou possuir significado que o torne importante para o exercício da profissão ou da atividade comercial do executado, será possível pensar no "grave dano" capaz de gerar a suspensão da execução.

Ademais, cabe lembrar que o art. 739-A, § 1.º, condiciona a outorga de efeito suspensivo aos embargos do executado à prévia garantia do juízo – pela penhora, pelo depósito ou por caução idônea. Porém, embora o art. 475-M não contemple igual exigência, razões de ordem sistemática também impõem a sua adoção para a concessão de efeito suspensivo à impugnação.

É claro que este raciocínio parte da premissa que o executado pode apresentar impugnação antes da realização da penhora. Embora a impugnação possa ser apresentada sem a prévia segurança do juízo, a concessão de efeito suspensivo depende, *ao menos em princípio,* da existência de penhora.

Não há racionalidade em exigir a prévia segurança do juízo para outorgar efeito suspensivo aos embargos do executado (título executivo extrajudicial) e deixar livre desta condição a concessão de efeito suspensivo à impugnação. Como é óbvio, a sentença condenatória – por constituir o resultado de amplo debate entre as partes e de aprofundada cognição judicial – merece maior credibilidade que o título extrajudicial. Ora, se a lei expressamente prevê a necessidade de garantia do juízo para a outorga de efeito suspensivo aos embargos do executado, o sistema evidentemente não deseja que o processamento da impugnação com efeito suspensivo deixe o exeqüente desamparado.

Portanto, a concessão de efeito suspensivo à impugnação, em princípio, depende da garantia do juízo – por penhora, caução ou depósito idôneos. Tal garantia deve ser compatível com o valor da execução.

Porém, há situações – embora raras – em que a outorga de efeito suspensivo pode dispensar a prévia segurança do juízo. Em casos excepcionais, o juiz pode, a partir dos direitos fundamentais processuais – especialmente do contraditório –, dispensar a prévia garantia para conceder efeito suspensivo à impugnação. É o que pode suceder, por exemplo, na hipótese do devedor carente, que não possui bens penhoráveis – que, aliás, foi reconhecida pelos tribunais[14] antes das reformas implementadas no CPC através das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006.

De qualquer forma, ainda que conferido efeito suspensivo à impugnação, o exeqüente poderá requerer o prosseguimento da execução oferecendo caução suficiente e idônea, a ser arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos, destinada a reparar o dano temido pelo executado, o qual se mostrará ressarcível no caso de acolhimento da impugnação (art. 475-M, § 1.º, do CPC).

Neste caso, a lei oferece ao exeqüente o juízo de conveniência no prosseguimento da execução, ciente de que a ele eventualmente poderá interessar a suspensão da execução, diante da plausibilidade da tese sustentada na impugnação. Entendendo o exeqüente – em que pese a decisão atribuindo efeito suspensivo – que os argumentos do executado são irrelevantes, poderá requerer o prosseguimento da execução, assumindo o risco de vê-la ao final frustrada pelo acolhimento da impugnação. Este risco estará lastreado na garantia, prestada pelo exeqüente, de saldar os danos causados ao executado.

A garantia em questão pode ser real ou fidejussória (fiança), podendo também ser representada pela reserva, feita pelo exeqüente, em praticar certos atos, como, por exemplo, o compromisso em não promover a alienação particular do bem penhorado, de não retirar o bem da posse do devedor etc.

A caução deverá ser estimada em vista dos prejuízos que o executado possa vir a experimentar em razão da prática dos atos de execução. Portanto, o seu importe não está vinculado ao valor exigido na execução, mas à extensão dos eventuais danos ao executado.

Note-se, por exemplo, que a alienação de bem – que se revela mais tarde infundada – pode dar ao executado não apenas o direito de exigir do exeqüente o valor do bem, mas também o direito de requerer ressarcimento pela circunstância de o equivalente em dinheiro ao bem constituir prejuízo. Este ressarcimento é devido quando o dinheiro equivalente ao bem alienado não é capaz de reconstituir integralmente o patrimônio do executado, seja porque o bem é dotado de características particulares, seja porque o próprio mercado impunha a manutenção da sua propriedade.

[14] STJ, 4.ª T., REsp 7410/MT, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 25.11.1991, p. 17.078.

Da mesma forma, caso o bem alienado seja imprescindível à atividade do executado, o exeqüente não terá apenas que reembolsar o valor do bem, mas também que pagar indenização pelo prejuízo sofrido pelo executado, em razão da perda do bem.

Cabe ao juiz arbitrar, nos próprios autos, o valor da caução a ser prestada (art. 475-M, § 1.º, do CPC), devendo para tanto estar atento às circunstâncias que acabam de ser expostas. A caução não deve se limitar ao valor do bem, mas também considerar o dano que pode derivar da sua alienação.

Eventual sucesso da impugnação permitirá ao executado liquidar os danos e executar o seu crédito nos mesmos autos, incidindo a penhora sobre a caução prestada pelo exeqüente.

Vale advertir que o juiz não está obrigado a autorizar o prosseguimento da execução, ainda quando o exeqüente se comprometa a prestar caução. Casos excepcionais – devidamente justificados pelo juiz – poderão motivar a rejeição do pedido de prosseguimento, tendo-se em conta a irreparabilidade do prejuízo a ser sofrido pelo executado. Assim, por exemplo, no caso de alienação de bem cujo valor seja oriundo da sua própria individualidade, como uma obra de arte rara ou um bem dotado de posição muito especial no mercado.

Enfim, o conjunto destas regras ressalta a necessidade de se distribuir de forma igualitária o *ônus do tempo do processo*.[15] A existência de sentença condenatória, a exigir a imediata prática de atos executivos, faz com que o ônus do tempo necessário ao processamento da impugnação recaia sobre o executado. A inversão deste ônus somente tem cabimento quando os fundamentos da impugnação são relevantes e o prosseguimento da execução pode trazer ao executado grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Outrossim, embora não se diga de forma expressa, são aplicáveis à impugnação as *modulações de efeito suspensivo* previstas no art. 739-A, §§ 3.º e 4.º, do CPC. Assim, se a impugnação for oferecida apenas por um dos executados e as razões nela apresentadas disserem respeito apenas a ele,[16] a execução *deverá* prosseguir contra os demais, não podendo o juiz suspender o curso da execução em relação a todos os executados. Somente quando o motivo da impugnação oferecida por um dos executados se comunicar aos outros poderá ser concedido efeito suspensivo a toda a execução. Por outro lado, se a impugnação disser respeito apenas a parte do crédito exigido, a execução deverá seguir quanto à parcela incontroversa ou não impugnada.

Frise-se que o juiz está proibido de conceder efeito suspensivo para paralisar a execução da parcela do crédito que não foi impugnada. A execução deve prosseguir em relação ao valor não impugnado, sob pena de negação do direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF) e de o juiz estar descum-

[15] Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p. 341 e ss.

[16] Como no caso em que alega sua ilegitimidade passiva.

prindo o seu dever de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva e tempestiva, o que lhe acarretará, inclusive, responsabilidade por perdas e danos, nos termos do art. 133, II, do CPC.

O efeito suspensivo pode ser concedido em qualquer momento, não havendo prazo para o seu requerimento. Aliás, nem poderia haver, uma vez que o art. 475-M fala expressamente que o "prosseguimento da execução" pode gerar grave dano. É evidente que a circunstância capaz de indicar que determinado ato executivo pode causar grave dano pode ocorrer no curso do processo.

Se o juiz nega a suspensão, tem o executado a faculdade de interpor agravo de instrumento, inclusive requerendo tutela antecipatória recursal (art. 527, III, CPC). Se isto não for feito, ou mesmo se o tribunal confirmar a decisão de primeiro grau, *outro* requerimento de suspensão não pode prescindir de *outro* fundamento. Depois da negativa ao seu primeiro requerimento, o executado não pode voltar a requerer efeito suspensivo sem invocar *outra circunstância* capaz de evidenciar a necessidade da suspensão da execução.

Por fim, cabe advertir que, na maioria das vezes, poderá ser mais adequado suspender apenas a prática de *certos atos executivos* – exatamente daqueles que, segundo a afirmação do executado e o juízo do magistrado, podem acarretar dano. Assim, por exemplo, é possível obstaculizar a alienação ou o usufruto de *determinado* bem e não de *todos* os bens do executado. Desta forma, a execução terá seguimento regular, mas sem que determinados atos executivos – reconhecidos pelo juiz como capazes de trazer grave dano – possam ser praticados. *Isto terá o efeito benéfico de proteger o executado sem inverter o ônus do tempo do processo, ou obrigar o exeqüente a esperar o tempo de processamento da impugnação para ver o seu direito material satisfeito.* Como é óbvio, não há razão para paralisar a execução e, assim, trazer prejuízo ao exeqüente, quando determinados atos executivos são insuscetíveis de causar dano ao executado.

4.2.5 Procedimento da impugnação

Por não se tratar de nova ação ou de novo processo, inexiste grande preocupação quanto aos requisitos formais da impugnação. Não há custas, nem distribuição. À semelhança do que ocorre com qualquer contestação, deverá apenas haver peça escrita, em que o impugnante apresenta as razões da sua irresignação, o fim que pretende através da impugnação (desconstituição do título, redução da execução, levantamento da penhora sobre certo bem etc.) e o requerimento das provas que deseja produzir. Eventualmente – como já esclarecido –, quando o fundamento da impugnação for o excesso de execução, deverá a peça também indicar o valor que o executado entende devido, com a demonstração do erro na conta do exeqüente. A petição deverá estar instruída com a prova documental que o executado entender necessária à demonstração das suas razões – por exemplo, memória de cálculo –, e, eventualmente, com outras peças necessárias – por exemplo, procuração –, obviamente quando já não estejam presentes nos autos.

Apresentada a impugnação, abrem-se três possibilidades para o juiz: *a)* rejeitá-la *in limine*; *b)* ouvir o exeqüente sobre a impugnação, conferindo-lhe efeito suspensivo; e *c)* ouvir o exeqüente sobre a impugnação, sem outorgar-lhe efeito suspensivo.

O juiz deve rejeitar liminarmente a impugnação quando os seus requisitos não estão presentes. Assim, por exemplo, se a impugnação é apresentada por quem não possui autorização para tanto, se o seu conteúdo não se insere em uma das hipóteses previstas no art. 475-L (nem naquelas outras, acima apontadas) ou se é oferecida depois do prazo legal.

Por outro lado, é certo que, em alguns casos, a impugnação pode ser manifestamente procedente. Isto pode ocorrer, por exemplo, quando é evidenciada a penhora de bem impenhorável ou a não observância do prazo outorgado para o cumprimento voluntário da prestação. Contudo, ainda nestas hipóteses será necessário dar oportunidade para o exeqüente se manifestar, conforme exige o princípio que impõe a prévia participação da parte que pode ser afetada pela decisão jurisdicional (art. 5.º, LV, da CF).

Não sendo caso de rejeição liminar, o exeqüente deverá ser intimado para se pronunciar sobre a impugnação. Por razões de isonomia, o prazo para o exeqüente se manifestar deve ser de quinze dias, ou seja, o mesmo prazo que o executado possui para apresentar a impugnação (art. 475-J, § 1.º, do CPC).

Havendo requerimento, deverá o juiz decidir sobre a necessidade de suspender a execução ou de suspender a prática de determinados atos executivos. Suspendendo a execução (totalmente), determinará que a impugnação seja processada nos mesmos autos da execução. Negando a suspensão da execução ou determinando apenas a suspensão da prática de determinado ato executivo, mandará autuar a impugnação em apartado (art. 475-M, § 2.º, CPC).

A resposta do exeqüente também não se submete a uma forma precisa, consistindo na negação dos fundamentos da impugnação e da pretensão do impugnante, acompanhada de eventual requerimento de provas. Como é óbvio, nesta ocasião o exeqüente poderá apresentar as suas provas documentais.

Não se aplica os efeitos da revelia quando o exeqüente não se pronuncia sobre a impugnação. A resposta à impugnação constitui mera faculdade atribuída ao exeqüente – que já tem, em seu benefício, o título que faz presumir a existência do direito. Sequer aqui se pode fazer, a rigor, a distinção operada no campo do não oferecimento de defesa nos embargos à execução.[17] Isto porque, deve-se recordar novamente, a impugnação ao cumprimento de sentença *não corresponde a ação*, mas a defesa, de modo que a resposta à impugnação faz aqui as vezes da réplica à contestação, em que, por óbvio, em nenhum caso se cogita de revelia. Evidentemente, a inexistência de revelia somente implica dizer que as afirmações feitas pelo impugnante *não se presumem verdadeiras*, ainda que não tenham sido rebatidas pelo exeqüente. Todavia, a falta de

[17] Ver, sobre isso, item 4.4, da parte sobre execução de títulos extrajudiciais, neste livro.

resposta poderá ser considerada como argumento para o juiz decidir a impugnação. Desse modo, a ausência de manifestação quanto a eventual vício de penhora, excesso de execução ou defeito procedimental alegado pelo executado poderá certamente ser tomada pelo magistrado como indicativo de aceitação da afirmação. Isso, porém, não se confunde com a revelia, que gera verdadeira *presunção de veracidade*.

Existindo requerimento de provas, deverá o juiz decidir sobre a necessidade da sua produção. Não havendo tal requerimento, ou sendo indeferida a produção das provas requeridas, deve o juiz decidir a impugnação de pronto. Ao admitir a produção das provas, o juiz deve designar audiência, colher as evidências necessárias e decidir na mesma ocasião.

Por fim, é de se perguntar se o juiz, na sua decisão, está vinculado aos argumentos apresentados na impugnação, ou seja, se o juiz pode acolher a impugnação com base em motivo diverso do apontado pelo executado.

O executado não *age*, mas *reage*. Assim, os limites da atuação jurisdicional são postos pelo pedido do autor, apresentado inicialmente, quando da propositura da ação em que se pediu a tutela jurisdicional do direito, através das técnicas da condenação e da execução por expropriação. Por isso, para se determinar a extensão da matéria a ser analisada na decisão da impugnação, importa mais saber quais são as questões que o juiz pode conhecer de ofício do que examinar se estas questões foram invocadas pelo executado.

Neste sentido, o juiz não está limitado ao conteúdo da impugnação para decidir. Poderá tomar em conta tanto os motivos alegados pelo executado, como ainda qualquer outra questão que possa conhecer de ofício, desde que não preclusa.

4.2.6 O ato que decide a impugnação e sua estabilidade

O ato judicial que analisa a impugnação pode constituir decisão interlocutória ou sentença, conforme o caso (art. 475-M, § 3.º, do CPC). Será caracterizado como decisão interlocutória sempre que não acarretar a extinção da execução. Configurará decisão interlocutória se julgar improcedente a impugnação, ou se, por exemplo, excluir um dos executados do processo, ou ainda quando reconhecer a existência de causa impeditiva da execução.[18] Desafiará, então, agravo, a ser apresentado em sua forma por instrumento, já que não haveria interesse recursal em sua interposição na modalidade retida.

Em todos os casos em que a solução da impugnação importar extinção da execução, o ato judicial será caracterizado como sentença, sujeitando-se a apelação. Note-se que, para que o ato se manifeste como sentença, deverá ocorrer a necessária

[18] Havendo causa impeditiva da execução, não é o caso de extingui-la, mas apenas de paralisá-la. O processo continuará ativo para que, se necessário, possa ulteriormente permitir a execução.

extinção da execução como sua conseqüência. A eliminação de parte da execução – pela redução do valor executado, pela extinção de um dos pedidos cumulados ou pela remoção de um dos exeqüentes ou executados de seu bojo – não tem este efeito, de modo que o ato jurisdicional, em tal caso, não tem a natureza de sentença.

A *sentença* que julga a impugnação procedente tem o efeito de suspender a execução ou de reafirmar a sua suspensão, caso já tenha sido outorgado efeito suspensivo à impugnação. Neste caso, interposta apelação pelo exeqüente, não há como pensar que o seu recebimento possa suspender o efeito suspensivo atribuído à impugnação, ainda que a hipótese não esteja expressamente prevista no art. 520 do CPC. Isto porque a sentença que julga a impugnação procedente declara que o exeqüente não tem direito a executar, daí decorrendo a suspensão da execução como mera conseqüência lógica. Ou seja, a apelação não precisa ser recebida apenas no efeito devolutivo para permitir a suspensão da execução. Aliás, isto seria pouco mais do que absurdo, pois se estaria admitindo a execução após a sentença ter declarado que nada há a executar.

Por sua vez, a *decisão* que julga a impugnação improcedente declara que há direito a executar. Assim, caso não tenha sido outorgado efeito suspensivo à impugnação, a execução prosseguirá normalmente. Na outra hipótese, o efeito suspensivo atribuído à impugnação automaticamente desaparecerá. A força declaratória da decisão de improcedência extingue o anterior efeito suspensivo concedido à impugnação. De qualquer forma, ao contrário do que acontece com a apelação – em regra recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo –, o agravo de instrumento, cabível contra a decisão que julga a impugnação improcedente, deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

A caracterização do ato que julga a impugnação como decisão interlocutória ou como sentença possui repercussões no campo da sua estabilidade. Configurando decisão interlocutória, sujeitar-se-á à preclusão, ficando a questão a salvo de outras discussões no processo. Porém, caracterizando-se como sentença, receberá – quando de mérito – a autoridade da coisa julgada, eliminando discussões a propósito do tema decidido, mesmo fora do processo.

4.3 Outras vias de reação do executado

Além da impugnação, pode o executado se valer de outros mecanismos para reagir à execução. Alguns deles são previstos expressamente em lei, outros decorrem de criação doutrinária e têm aceitação jurisprudencial.

4.3.1 Exceção de incompetência relativa, de impedimento e de suspeição

As exceções processuais (de incompetência relativa, impedimento e suspeição) podem eventualmente ser utilizadas no curso da execução. Seu regime não guarda

particularidade em relação àquilo que se examinou quando do estudo da fase de conhecimento.[19]

Alguém poderia questionar o cabimento da exceção de incompetência relativa na fase de execução. Isto porque a não apresentação da exceção na fase de conhecimento prorroga a competência, tornando o juiz competente.

Porém, o art. 475-P, parágrafo único, do CPC confere ao exeqüente a oportunidade de optar por outro juízo para a execução, precisamente "pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado". Como a ação não mais termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, prosseguindo na fase de execução, a opção outorgada ao exeqüente faz com que a competência, fixada no momento em que a ação foi proposta, seja alterada.

Neste caso, não há como não admitir a exceção de incompetência. Frise-se que a exceção de incompetência não terá como alvo a definição do juízo pela ação, mas sim a definição do novo juízo pelo requerimento de execução. Assim, tomará em conta circunstância posterior à definição do juízo competente para a ação, aplicando-se o art. 305 do CPC – que diz que a parte pode oferecer exceção, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, no prazo de quinze dias contado do fato que ocasionou a incompetência.

A exceção, seja de incompetência relativa, de impedimento ou de suspeição, deverá ser apresentada ao juiz da execução, que, após o trâmite regular, reconhecendo o defeito, encaminhará a execução ou ao seu substituto legal (impedimento e suspeição) ou ao juízo competente (incompetência relativa). Não acolhida a alegação de incompetência, caberá recurso de agravo de instrumento. Não reconhecido o impedimento ou a suspeição, deverá o juiz remeter os autos ao tribunal para apreciação da exceção.

Em todo caso, o oferecimento destas exceções opera naturalmente a suspensão da execução, até a definição da questão.

4.3.2 *Embargos à arrematação, à alienação e à adjudicação*

Segundo o art. 746 do CPC, o executado pode, no prazo de cinco dias contados da conclusão da arrematação, da adjudicação ou da alienação privada, opor-se por meio de embargos, alegando questões ulteriores à penhora. Na impugnação apenas são argüíveis as questões existentes até a penhora. Visando permitir a alegação dos fatos ocorridos posteriormente à penhora, o legislador criou outra forma de defesa para o executado, consistente nestes embargos.

Ainda que a figura esteja prevista apenas em face da execução de títulos extrajudiciais, não há razão para negar o seu cabimento na execução de títulos judiciais,

[19] Ver, no v. 2 deste *Curso de processo civil (Processo de conhecimento*, cit.), Parte II, item 5.4.3.

diante da sua compatibilidade com o regime do cumprimento de sentença (art. 475-R do CPC).

Assim, tratando-se de execução de sentença condenatória, os embargos do art. 746 podem ser opostos pelo executado, para discutir questões posteriores à penhora que se encaixem em um dos incisos do art. 475-L.

Uma vez apresentados os embargos, o adquirente do bem poderá desistir da sua aquisição (art. 746, § 1.º, do CPC), restituindo-se o valor pago. Neste caso, se os embargos forem julgados manifestamente protelatórios, o juiz deverá impor multa ao embargante de até vinte por cento sobre o valor da execução, a ser revertida em favor daquele que desistiu da aquisição (art. 746, § 3.º, do CPC).

4.3.3 *Exceção de pré-executividade*

Embora se possa discutir sobre a nomenclatura,[20] o termo "exceção de pré-executividade"[21] é o mais utilizado para designar a possibilidade de apresentação de defesas, no curso do processo, independentemente de prazos ou formalidades, tendo sido consagrado pela praxe brasileira.

Admite-se ser possível ao executado apresentar no curso da execução, independentemente de momento apropriado ou de cautela especial, certas defesas evidentes. Entende-se que sujeitar o executado a vários requisitos formais – como o prazo específico ou, no regime anterior, a prévia segurança do juízo pela penhora – para que possa deduzir tais defesas seria excessivo exagero, ante a manifesta injustiça do prosseguimento da execução. Por isto se permite que estas defesas sejam apresentadas, sob qualquer formato, no curso da execução.

Em geral, os tribunais aceitam que sejam alegadas, desta forma, *quaisquer objeções processuais*, bem como as *defesas materiais que o juiz possa conhecer de ofício* (como prescrição e decadência) e ainda aquelas que puderem ser *provadas de plano*.[22]

[20] Critica-se, com razão, o nome "exceção de pré-executividade", uma vez que ele não designa apropriadamente aquilo que se pode alegar no curso da execução. Em princípio, apenas as objeções (e, portanto, não as exceções) têm sido aceitas por doutrina e jurisprudência neste campo, não havendo sentido na qualificação "pré-executividade".

[21] O nome foi empregado pela primeira vez por Galeno Lacerda (Execução de título extrajudicial e segurança do "juízo". *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, p. 165-176), no intuito de designar "exceções prévias, portanto, à penhora, que é medida já executiva" (p. 174).

[22] STJ, 1.ª T., AgRg no AgIn 775393/RS, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 14.12.2006, p. 272; STJ, 1.ª T., AgRg no AgIn 748254/RS, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 13.12.2006, p. 261; STJ, 1.ª T., AgRg no REsp 815499/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, *DJU* 14.12.2006, p. 283; STJ, 2.ª T., AgRg no AgIn 805123/MS, rel. Min. Castro Meira, *DJU* 11.12.2006, p. 346; STJ, 2.ª T., REsp 769152/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 04.12.2006, p. 283; STJ, 1.ª S., EREsp 596883/SP, rel. Min. Denise Arruda, *DJU* 01.08.2006, p. 357; STJ, 3.ª T., REsp 733533/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 22.05.2006, p. 198; STJ, 4.ª T., REsp 809672/RJ, rel. Min. César

Curiosamente, vê-se reproduzidas nessa relação exatamente as matérias que, no direito antigo, poderiam ser alegadas nas execuções *per officium iudicis*, tidas como as "exceções passíveis de prova fácil".[23]

Por sua especial característica, tais defesas podem ser oferecidas a qualquer momento. *Como a impugnação não exige a prévia segurança do juízo, a exceção de pré-executividade somente pode invocar questões posteriores à penhora.* Outrossim, a sua alegação está condicionada à inexistência de prévia decisão acerca do assunto. Assim, se a questão já foi objeto de deliberação judicial antes da sentença, no curso da execução ou, ainda, na decisão da impugnação, não se pode admitir nova discussão a seu respeito.[24]

Em regra, não se cogita de atribuir efeito suspensivo à exceção de pré-executividade. Porém, uma vez presentes os pressupostos que autorizam a outorga de efeito suspensivo à impugnação (art. 475-M do CPC), não há porque descartar a suspensão da execução.

O ato judicial que examina a exceção de pré-executividade poderá ter natureza de sentença, se levar à extinção da execução, ou de decisão interlocutória, nos demais casos. Conforme sua natureza, comportará recurso de agravo ou de apelação.

4.3.4 *Ações autônomas*

Finalmente, cabe lembrar que o executado ainda poderá reagir à execução por meio de ações autônomas, desvinculadas do processo sincrético, como a ação rescisória, a ação anulatória de ato judicial e a ação de declaração de inexistência de ato judicial.[25] Tais ações atacam, como se sabe, a validade da coisa julgada, de ato negocial ocorrido no curso do processo e da sentença, prestando-se, neste sentido, como forma de reação à execução.

Todavia, o oferecimento destas ações não repercute, em regra, na execução, pois não inibe o seu início nem interrompe o seu curso, salvo se concedida antecipação de tutela ou providência cautelar (por exemplo, art. 489 do CPC).

Asfor Rocha, *DJU* 27.11.2006, p. 290; STJ, 6.ª T., REsp 720802/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* 26.06.2006, p. 230.

[23] Ver Enrico Tullio Liebman, *Embargos do executado*, cit., p. 65-66.

[24] Neste sentido, STJ, 3.ª T., REsp 705352/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 11.12.2006, p. 353. Este julgado tratou, perante o sistema processual revogado, da inviabilidade da exceção de pré-executividade quando a matéria já foi discutida em embargos do executado.

[25] Ver o v. 2 deste *Curso de Processo Civil (Processo de conhecimento*, cit.), Parte III, cap. 6.

5

Satisfação do Credor

5.1 As formas de satisfação do credor

Após a penhora e a avaliação, caminha-se para a expropriação do patrimônio penhorado, para que o exeqüente tenha finalmente satisfeito o seu direito. Após a penhora e a avaliação, o executado terá oportunidade para apresentar a sua defesa – chamada de impugnação –, que, em regra, não deve ser recebida no efeito suspensivo e, portanto, não deverá suspender a execução. O juiz apenas deve dar efeito suspensivo à impugnação em casos excepcionais, quando, além de *relevantes* os seus fundamentos, o prosseguimento da execução for "*manifestamente* suscetível de causar ao executado *grave* dano de difícil ou incerta reparação" (art. 475-M). Porém, ainda que concedido o efeito suspensivo, o exeqüente poderá requerer o prosseguimento da execução prestando caução suficiente e idônea (art. 475-M, § 1.º). Assim, a execução caminhará para a expropriação dos bens quando não for apresentada a impugnação, quando à impugnação não for atribuído efeito suspensivo e, ainda, quando, embora concedido o efeito suspensivo, o exeqüente requerer o prosseguimento da execução oferecendo e prestando caução.

De acordo com o art. 647 do CPC, são admitidas quatro formas de expropriação: a adjudicação, a alienação por iniciativa particular, a alienação em hasta pública e o usufruto de bem móvel ou imóvel. Apenas no último caso não há a transferência da propriedade do bem penhorado. O usufruto de móvel ou imóvel se limita a expropriar, temporariamente, o direito ao uso e aos frutos de bem, pagando-se o exeqüente com a renda produzida. Nos demais casos, a expropriação implicará a transferência compul-

sória dos bens penhorados. Na adjudicação, a transferência é feita ao próprio credor, lembrando uma "dação em pagamento", com o abatimento do valor correspondente ao bem do débito executado. Nos demais casos, há alienação a terceiro, revertendo a sua contrapartida em dinheiro para o pagamento do exeqüente.

Na realidade, estas não são as únicas formas de satisfação do credor, em que pese o elenco aparentemente taxativo do preceito legal. Tratando-se de penhora de *dinheiro*, por exemplo, nenhum desses caminhos será seguido, limitando-se o juiz a autorizar o exeqüente a levantar o montante devido. No caso de penhora de direito ou ação do devedor, o procedimento de satisfação do credor se dará, em regra, pela sub-rogação no direito penhorado (art. 673 do CPC). Realizada a sub-rogação, se o credor não lograr receber o crédito do devedor, poderá prosseguir na execução, penhorando outros bens do devedor (art. 673, § 2.º, do CPC). Entretanto, se o credor manifestar expressa recusa na sub-rogação, proceder-se-á à alienação judicial do direito, na forma adiante estudada, recebendo o exeqüente o valor correspondente até o limite de seu crédito (art. 673, § 1.º, do CPC).

5.2 Natureza jurídica da expropriação

A natureza jurídica da expropriação é objeto de acirrada divergência na doutrina clássica. Alguns autores, a exemplo de Carnelutti,[1] sustentaram a natureza contratual da alienação judicial, entendendo-a como uma compra e venda em que o Estado se substitui ao vendedor, alienando em seu nome o bem ao arrematante. Nesta perspectiva, o Estado supriria a vontade do vendedor (do devedor ou do terceiro responsável), realizando a venda e recebendo o preço para, posteriormente, repassá-lo ao exeqüente. Esta explicação não convence, já que pressupõe a *vontade do devedor* de promover a alienação, o que certamente não existe. Os bens do devedor – diante da sua responsabilidade patrimonial – são sujeitos à execução, pouco importando a sua vontade, que nenhuma interferência tem sobre a alienação do bem penhorado. Na execução, não há qualquer manifestação de vontade do proprietário da coisa "forçadamente vendida", o que exclui qualquer possibilidade de se pensar a alienação judicial como compra e venda. Assim, embora a alienação judicial possa ter alguma semelhança com o contrato de compra e venda, é de se perceber que os seus regimes jurídicos são evidentemente inconfundíveis.

Chiovenda[2] e Calamandrei,[3] discordando da tese de Carnelutti, preferiram conceber a alienação judicial como um procedimento complexo, em que o Estado toma do devedor o poder de dispor da coisa penhorada. Chiovenda chega neste re-

[1] Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, v. 3, n. 437, p. 131-133.

[2] Giuseppe Chiovenda, Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata. *Saggi di diritto processuale civile*, v. 2, p. 459 e ss.

[3] Piero Calamandrei, La sentencia como acto de ejecución forzada. *Estudios sobre el proceso civil*, p. 524-527.

sultado após estabelecer distinção entre direito sobre o bem e faculdade de dispor do bem. Nesta linha, o Estado retira do devedor e toma para si a faculdade de dispor do bem penhorado, ficando assim com o poder de aliená-lo no processo. Ou melhor, o Estado toma do devedor a faculdade de dispor do bem, vendendo-o para terceiro com o objetivo de realizar o direito do exeqüente. Esta teoria não deixa de ser permeada pela idéia de que a alienação judicial corresponde a uma específica forma de compra e venda, em que o Estado é o alienante e o arrematante é o adquirente. A diferença está apenas na circunstância de que, neste último caso, o Estado toma o poder de dispor do bem para alienar, enquanto na teoria de Carnelutti o Estado aliena o bem *em nome* do devedor, suprindo a sua vontade.

Liebman[4] concebeu a arrematação judicial como um vínculo de natureza de direito público. Aí não haveria um negócio jurídico bilateral, mas a coexistência de dois atos unilaterais, distintos e heterogêneos. O primeiro seria o ato do Estado (jurisdição), que transfere, a título oneroso, um bem ou direito do executado (ou de terceiro responsável) para outrem. Tal ato seria de direito público, de natureza processual, mas estaria condicionado a outro ato unilateral – prestado por um particular, o adquirente –, representado pelo lanço prestado em hasta pública ou pelo pedido de adjudicação.

É certo que a alienação judicial está longe de poder ser vista como compra e venda. É preciso perceber que esta forma de alienação não é instituto de direito privado, mas sim figura de direito processual, decorrendo da atividade jurisdicional do Estado.[5] Note-se que, ao se supor o seu caráter contratual, torna-se impossível explicar algumas das causas de nulidade da arrematação – descritas no art. 694, § 1.º, do CPC –, como, por exemplo, a realização da arrematação por preço vil.

A alienação judicial, embora pertencente ao direito público, também não se confunde com alguma forma particular de desapropriação. A desapropriação constitui forma *originária* de aquisição de propriedade, enquanto a arrematação judicial é *forma derivada de aquisição de propriedade*, tanto que o bem é transmitido com os seus eventuais defeitos e ônus (por exemplo: art. 619 do CPC).

Trata-se, enfim, de figura distinta, não equiparada a qualquer outra. Tem natureza processual e constitui forma derivada de aquisição de propriedade. Por meio da expropriação, o Estado aliena bens do devedor (ou de terceiro responsável), ou ao menos limita o exercício de alguns poderes sobre tais bens (no caso do usufruto), no intuito de satisfazer o crédito exigido na execução. Constitui-se em procedimento complexo, formado ao menos por dois atos (o do Estado e o do adquirente), prevalecendo o ato jurisdicional, por ser a causa eficiente da alienação.[6]

[4] Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 107.

[5] Ver Salvatore Satta, *L'esecuzione forzata*, p. 118.

[6] Ver Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, cit., v. 2, p. 100.

O regime jurídico deste instituto não pode ser buscado nem no direito privado nem na disciplina da desapropriação, construindo-se a partir das regras processuais, dos princípios que regem a execução e dos direitos fundamentais processuais.

5.3 A adjudicação

O art. 647 prevê, como primeira forma de expropriação, a adjudicação. Corresponde ao recebimento do bem penhorado pelo exeqüente, descontando-se o valor da execução do valor da coisa. Trata-se de forma de pagamento da dívida executada, pelo qual há transferência direta de patrimônio do devedor para o credor. A responsabilidade patrimonial, poder-se-ia dizer, é linear, autorizando o credor a tomar parte do patrimônio do devedor por conta da dívida não paga.

No sistema em vigor, a adjudicação tem preferência sobre os demais mecanismos (arts. 685-C e 686 do CPC). No regime anterior – com exceção da execução fiscal –, a adjudicação somente podia ser requerida uma vez frustrada a alienação judicial, por não ter nenhum interessado oferecido lance válido para a aquisição do bem. Isto tornava a possibilidade de adjudicação praticamente inútil, já que a ausência de interessados na aquisição do bem em hasta pública constitui evidência da sua falta de valor de mercado. Ou seja, neste caso, o exeqüente somente adjudicava o bem se realmente não tivesse outra opção.

Com a nova sistemática, cresce a importância da adjudicação. A entrega do bem penhorado para o credor, por meio da adjudicação, simplifica a execução, além de permitir-lhe ficar com o bem em troca da dívida ou aliená-lo fora do processo. Ou melhor, o exeqüente não é obrigado a se contentar com o valor obtido a partir da alienação judicial do bem, podendo incorporá-lo ao seu patrimônio ou vendê-lo na forma que lhe aprouver, sem a presença da jurisdição.

5.3.1 Pressupostos da adjudicação

O exeqüente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, pode requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados (art. 685-A, *caput*). Segundo o art. 685-A, § 2.º, "idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado".

No caso de penhora de quota realizada por exeqüente que não faça parte da sociedade, esta deverá ser intimada, assegurando-se preferência aos sócios para a adjudicação (art. 685-A, § 4.º). Não havendo manifestação dos sócios ou da sociedade, poderá o credor adjudicar *não as quotas propriamente ditas, mas sim o seu aspecto patrimonial, exclusivamente*. Com efeito, alguém poderia supor que, porque o Código autorizou a penhora de quotas de empresas, autorizou também que elas sejam indiscriminadamente alienadas (seja ao credor da execução, seja a terceiros, por via da hasta pública ou particular). Não é assim, porém, o que se explica em razão da

necessidade de manter-se, entre os sócios de certa empresa, a *affectio societatis*. Com efeito, o art. 1.057, do CC, impõe limitações para a alienação voluntária de quotas de empresa (sobretudo para terceiros), indicando a importância dada à manutenção da *affectio societatis* para o direito da empresa. Vulnerado esse princípio, põe-se em risco toda a estrutura do direito empresarial nacional. Por conta disso, é certo que a possibilidade de penhora de quotas não pode traduzir-se na conseqüente possibilidade de alienação de todos os poderes referentes a estas. O que se admite é, tão-só, que se possa alienar *o aspecto patrimonial da quota*, ou seja, o correspondente percentual que a quota representa no valor patrimonial da empresa.

Por conta disso, a alienação da quota social – seja por adjudicação, seja por hasta pública ou particular – deverá seguir o rito previsto no art. 1.031 do CC. Por isso, o adjudicante ou o arrematante de quota social não terá direito de tornar-se sócio da referida empresa, mas apenas receberá o direito de perceber, em dinheiro, no prazo de noventa dias da liquidação do correspondente valor da quota, o montante atribuído em balanço especial, tomado com base no patrimônio atual da sociedade.

Considerando-se que o art. 685-A não permite a adjudicação por preço inferior ao da avaliação,[7] conclui-se, por lógica, que o requerimento de adjudicação não pode anteceder a avaliação. A adjudicação pode ser requerida somente depois da avaliação do bem penhorado. Quando a avaliação for feita por avaliador nomeado pelo juiz, o requerimento de adjudicação só será possível após a entrega do laudo avaliatório.

Porém, o executado, por meio da impugnação, pode discutir a avaliação do bem penhorado. Como a impugnação, em regra, não deve ser recebida com efeito suspensivo, surge a questão de saber se a adjudicação é possível quando a impugnação tem como fundamento "avaliação errônea" (art. 475-L, III).

Neste caso, alguém poderia pensar que, embora o *requerimento* de adjudicação possa ser feito antes da decisão sobre a impugnação – isto é, sobre a avaliação –, o seu *deferimento* deve ficar condicionado a tal deliberação. Todavia, esta não é a conclusão adequada. Note-se que, se à impugnação não for outorgado efeito suspensivo, os atos de expropriação – em todas as suas modalidades – devem ocorrer normalmente. De modo que a adjudicação apenas não será possível quando o juiz houver atribuído efeito suspensivo à impugnação.

Contudo, a necessidade de outorga de efeito suspensivo depende das circunstâncias do caso concreto, conforme claramente evidencia o art. 475-M, *caput*, ao dizer que o juiz pode conceder tal efeito quando "relevantes" os fundamentos da impugnação

[7] Há decisão da 1.ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região (AC 00507-2005-093-03-00-4, rel. Des. Mauricio J. Godinho Delgado, publ. 20.04.2007) concluindo que a adjudicação pode dar-se por valor inferior ao da avaliação. O fundamento utilizado é o paralelo com o oferecimento de lanço na hasta pública, que – mesmo quando feito pelo credor – pode, na segunda hasta, ser apresentado em valor inferior ao da avaliação. Não parece que o paralelo seja legítimo, sobretudo em razão da redação expressa do art. 685-A do Código.

e o prosseguimento da execução for "*manifestamente* suscetível de causar ao executado *grave* dano de difícil ou incerta reparação". Isto quer dizer que não é porque o executado afirma, como fundamento da impugnação, a "avaliação errônea" do bem penhorado, que automaticamente estará inviabilizada a adjudicação do bem.

A alegação de avaliação errônea não é motivo suficiente para a obstaculização da adjudicação. Para que ocorra a suspensão da execução, é preciso que os fundamentos da afirmação de "avaliação errônea" sejam "relevantes" e que o prosseguimento da execução possa trazer ao executado "grave dano de difícil ou incerta reparação".

A lei também não fixa termo *final* para o requerimento de adjudicação. Limita-se a dizer que, não havendo pedido de adjudicação (ou de alienação particular), será feita a alienação do bem em *hasta pública* (art. 686, CPC). A falta de previsão deste momento conclusivo recomenda que o juiz consulte o credor, depois da penhora e da avaliação dos bens, sobre seu interesse na adjudicação. Não havendo manifestação em prazo razoável, segue-se para a alienação em hasta pública.

Porém, poderia algum interessado postular a adjudicação depois da expedição dos editais de hasta pública? Diante da importância conferida à adjudicação no sistema atual, não há dúvida de que sim. A expedição de editais não constitui o termo final do requerimento de adjudicação. Assim, ainda que já expedidos os editais de hasta pública, nada impede a adjudicação pelo exeqüente ou por qualquer um dos legitimados do § 2.º do art. 685-A, ou seja, "pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado". Nesta situação, o adjudicante fica obrigado a pagar as despesas decorrentes da prática dos atos que se tornaram desnecessários em razão da sua opção tardia, aplicando-se o art. 29 do CPC.

5.3.2 *Procedimento da adjudicação*

A adjudicação se inicia por requerimento simples do legitimado, em que deve constar o valor oferecido pelo bem penhorado (art. 685-A, *caput*, do CPC). Se o legitimado for o exeqüente, outro credor com penhora sobre o bem, ou ainda algum credor com garantia real, o crédito deverá ser compensado com o valor atribuído ao bem pela avaliação. Assim, se o valor da avaliação for superior ao do crédito, deverá o adjudicante depositar imediatamente a diferença; na hipótese contrária, sendo o valor do crédito maior do que o da avaliação, é certo que o saldo ainda poderá ser realizado (art. 685-A, § 1.º).

Se o requerimento de adjudicação for feito pelo cônjuge do executado, ou pelos seus descendentes ou ascendentes, estará condicionado ao imediato depósito do valor oferecido pelo bem, que, obviamente, não poderá ser inferior ao da avaliação. Neste caso, a penhora, antes incidente sobre o bem, passará a ter como objeto o dinheiro depositado, prosseguindo a execução sobre este montante.

Havendo mais de um interessado na adjudicação do bem, entre eles será realizada licitação, de modo que o bem seja entregue a quem oferecer o maior preço. Inexistindo proposta vencedora, estando todas as propostas em igualdade de condições, a preferência pela adjudicação se dá na seguinte ordem: o cônjuge, o descendente, o ascendente (art. 685-A, § 3.º) – entre os ascendentes e descendentes, os de grau mais próximo preferem aos de grau mais remoto –, e, posteriormente, o credor com garantia real e o credor com penhora sobre o bem. Entre credores com penhora sobre o bem, prevalece a ordem da anterioridade da penhora, tendo a primeira penhora preferência sobre as demais e assim sucessivamente.

No caso de penhora de quotas sociais, sendo o exeqüente alheio à sociedade, determina o § 4.º do art. 685-A a intimação da sociedade, para assegurar aos seus sócios preferência sobre o exeqüente. Ou seja, os sócios da sociedade cujas quotas sociais são penhoradas têm preferência sobre o exeqüente.

Deverá o juiz decidir eventuais controvérsias a respeito da possibilidade da adjudicação, do seu preço, da ordem na adjudicação ou ainda surgidas na licitação entre os pretendentes. Decidas estas questões – em decisão que comporta agravo por instrumento –, mandará o juiz lavrar o *auto de adjudicação* (art. 685-A, § 5.º). Esse documento constitui o ato que representa a conclusão da adjudicação. Lavrado e assinado o auto de adjudicação pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se estiver presente, pelo executado, a adjudicação se torna perfeita e irretratável, só se desfazendo por vício de nulidade ou por insubsistência da execução.

A par do auto de adjudicação, será expedido em favor do adjudicante *carta de adjudicação* ou *mandado de entrega da coisa* (art. 685-B do CPC). A primeira, expedida no caso de bem imóvel, é o documento que habilita o adjudicante à transferência da titularidade do bem no Cartório de Registro de Imóveis. Deverá conter "a descrição do imóvel, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do auto de adjudicação e a prova de quitação do imposto de transmissão" (art. 685-B, parágrafo único). O segundo documento, relativo à adjudicação de bens móveis, corresponde ao documento que permite ao adjudicante receber por justo título a posse da coisa adjudicada, equivalendo à tradição para os fins legais.

5.3.3 *A procedência da impugnação e a sorte da adjudicação*

É possível que, após a realização da adjudicação, seja julgada procedente a impugnação. Sendo a impugnação julgada procedente, com base em alegação de "avaliação errônea" (art. 475-L, III), a adjudicação – realizada por qualquer um dos seus legitimados – é desfeita, embora o bem continue afetado pela penhora. Fixada nova avaliação, qualquer um dos legitimados passa a ter a possibilidade de requerer a adjudicação, desde que ofertando preço não inferior ao da nova avaliação.

Na hipótese de a impugnação ser julgada procedente com base em inexigibilidade do título (por exemplo), ou qualquer outro fundamento que demonstre

a insubsistência da execução, o exeqüente deverá devolver a propriedade do bem adjudicado ao executado.

No caso de adjudicação realizada por "outro credor" (com penhora sobre o bem) ou por credor com garantia real, embora a procedência da impugnação não diga respeito aos seus direitos de crédito ou às suas esferas jurídicas, não se pode esquecer que a adjudicação apenas se tornou possível diante da penhora realizada pelo exeqüente. Assim, a procedência da impugnação, ainda que não demonstre que tais credores não têm direito de crédito, torna ilegítima a realização da adjudicação, também impondo o seu desfazimento.

Por fim, quando a adjudicação é realizada pelo cônjuge, pelo descendente ou pelo ascendente do executado, e a procedência da impugnação evidencia a insubsistência da execução, desfaz-se a adjudicação, devolvendo-se o bem ao executado e exigindo-se do exeqüente a devolução do dinheiro depositado pelo adjudicante.

5.4 A alienação por iniciativa particular

Outra forma predisposta pela lei para a satisfação do crédito – uma novidade, em relação ao regime anterior à Lei 11.382/2006 – consiste na alienação dos bens penhorados, por iniciativa particular do próprio exeqüente, ou por intermédio de corretor credenciado perante o Poder Judiciário (art. 685-C do CPC). Trata-se de forma de alienação que, ao contrário do procedimento da alienação em hasta pública, é confiada a um particular, cuja atividade é controlada pelo juiz.

Lembrou-se acima que, por meio da adjudicação, o exeqüente pode obter para si o bem penhorado, e, sendo da sua conveniência, posteriormente aliená-lo a terceiro, à distância do Poder Judiciário. Não há dúvida que o exeqüente pode alienar privadamente o bem, sem qualquer interferência do Poder Judiciário, após adjudicá-lo. Isto quer dizer que o exeqüente apenas deve preferir a alienação particular do bem quando não tiver interesse em adjudicá-lo para, mais tarde, analisar a conveniência da sua venda.

Ao contrário do que sucede com a adjudicação, apenas o credor exeqüente tem legitimidade para postular a alienação extrajudicial da coisa. O requerimento, à semelhança do que ocorre com o pedido de adjudicação, deve ser formulado depois da avaliação, mas sempre antes de eventual arrematação em hasta pública do bem.

Manifestada a intenção, o juiz deverá fixar o prazo em que a alienação deve ser concluída, a forma e a extensão da sua publicidade, o preço mínimo para a alienação do bem, as condições de pagamento e as garantias exigidas (art. 685-C, § 1.º). Outrossim, tratando-se de alienação a ser procedida por corretor credenciado, deverá também o juiz arbitrar, de pronto, a comissão que lhe compete.

O preço mínimo da alienação não pode ser inferior ao valor da avaliação, como deixa evidente a expressa remissão ao art. 680, contida no art. 685-C, § 1.º. Em relação à publicidade, evidentemente, não se está impondo que a alienação particular seja feita

da mesma forma como se procede à alienação em hasta pública. A exigência se liga à necessidade de mínima publicidade para a venda, objetivando assegurar o melhor preço para os interesses do credor e do devedor. O mesmo se deve dizer em relação às condições de pagamento e às garantias: devem refletir o máximo da expectativa dos interesses do credor e do devedor.

Efetivada a alienação, nos moldes e limites estabelecidos pelo juiz, será formalizada por termo nos autos, a ser assinado pelo juiz, pelo exeqüente, pelo adquirente e, se estiver presente, pelo executado (art. 685-C, § 2.º). Concluída a alienação com as assinaturas do termo, expedir-se-á em favor do adquirente carta de alienação ou mandado de entrega, conforme se trate de bem imóvel ou móvel, respectivamente (art. 685-C, § 2.º). A carta de alienação é o documento que dará ao adquirente a possibilidade de realizar a transferência do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis, ao passo que o mandado de entrega constitui a autorização para que o adquirente receba do depositário o bem adquirido.

Os tribunais locais devem expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação por iniciativa particular, inclusive com a previsão de auxílio de meios eletrônicos, bem como dispondo sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar no exercício de sua profissão por mais de cinco anos (art. 685-C, § 3.º).

A procedência da impugnação não conduz ao desfazimento da alienação, tendo efeitos diversos dos produzidos diante da adjudicação. É necessário proteger o terceiro de boa-fé, que adquire de forma lícita bem sobre o qual não pende qualquer litígio. Aliás, caso a procedência da impugnação pudesse implicar no desfazimento da aquisição, seja em alienação por iniciativa particular ou em hasta pública, ninguém mais iria adquirir bem enquanto não definida a impugnação, o que certamente excluiria o benefício outorgado pela regra da não-suspensividade da impugnação sobre a execução. Portanto, em caso de procedência da impugnação, terá o executado apenas direito de indenização contra o exeqüente.

5.5 A alienação em hasta pública

O caminho mais tradicional de satisfação do credor é a arrematação judicial. A alienação em hasta pública requer a oferta ao público do bem penhorado, objetivando despertar os terceiros e gerar competição pela aquisição do bem. Espera-se que esta competição possa otimizar o preço do bem em benefício da execução, que chegará ao seu objetivo mais rapidamente.

Os grandes problemas desta forma de satisfação do credor são a sua demora e o seu formalismo. O detalhamento do procedimento de alienação, o excesso de cautelas adotadas e o seu elevado custo tornam a hasta pública desinteressante diante das outras opções hoje existentes. Ainda assim, seu histórico como meio padrão para a satisfação do credor faz crer que o seu uso continuará intenso.

Há basicamente duas formas de hasta pública: o leilão e a praça. A praça se destina à alienação de bens imóveis, enquanto o leilão se dirige aos demais casos – excetuados os bens que são negociados em Bolsa de Valores (art. 704 do CPC) –, inclusive para a alienação antecipada de bens, ainda que de imóveis (art. 1.113 do CPC). A diferença essencial entre um procedimento e outro está em que o leiloeiro é indicado pelo exeqüente, enquanto a praça é realizada por serventuário da justiça (art. 694 do CPC). Ademais, a praça ocorre no átrio do fórum, enquanto o leilão pode ser realizado no lugar designado pelo juiz, preferencialmente onde estiverem os bens (art. 686, § 2.º).

As duas formas de hasta pública podem ser, a requerimento do exeqüente, substituídas pela alienação dos bens penhorados por meio da rede mundial de computadores (*internet*), "com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado" (art. 689-A). O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, deverão regulamentar tal modalidade de alienação, "atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital" (art. 689-A, parágrafo único).

O sucesso dos *sites* de venda privados localizados na *internet*, especialmente em razão da ampla margem de público que pode ser atingida, pode conferir nova dimensão à alienação pública de bens. A grande dificuldade será conceber esta ferramenta com as marcas da publicidade, segurança e autenticidade, imprescindíveis a um procedimento público.

5.5.1 *A convocação da hasta pública*

A hasta pública se inicia pela convocação pública de interessados em concorrer à aquisição dos bens penhorados. Busca a lei dar a maior publicidade possível à oferta pública dos bens, a fim de atingir o maior número possível de potenciais adquirentes, sem fazer desta publicidade um ônus exagerado para o processo. No caso concreto, o importante é dimensionar a necessidade de divulgar a hasta pública, diante da importância e das eventuais particularidades dos bens a serem alienados.

O art. 686 determina que, não havendo interesse do credor em adjudicar ou em alienar de forma particular os bens penhorados, será expedido edital de hasta pública, que deve conter: "I – a descrição do bem penhorado, com suas características e, tratando-se de imóvel, a situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros; II – o valor do bem; III – o lugar onde estiverem os móveis, veículos e semoventes; e, sendo direito e ação, os autos do processo, em que foram penhorados; IV – o dia e a hora de realização da praça, se bem imóvel, ou o local, dia e hora de realização do leilão, se bem móvel; V – menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados; VI – a comunicação de que, se o bem não alcançar lanço superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os 10 (dez) e os 20 (vinte) dias seguintes, a sua alienação pelo maior

lanço (art. 692)". Tratando-se de bens que possuam cotação em Bolsa de Valores, deverá também constar do edital o valor da última cotação (art. 686, § 1.º).

O edital em questão deverá ser afixado no local usual – geralmente nos corredores do fórum – e publicado pelo menos uma vez, com antecedência mínima de cinco dias, em jornal de ampla circulação local (art. 687 do CPC). A publicação na imprensa visa a dar maior divulgação à hasta pública. Por isto, a caracterização de jornal de circulação local há de tomar em consideração o seu poder de informar ao público. Preso a esta necessidade, diz o art. 687, § 2.º que, "atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a freqüência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação". Também pautado pela idéia de privilegiar a ampla divulgação da venda, recomenda o art. 687, § 3.º que a publicação de editais referentes à hasta de bens imóveis se dê preferencialmente no espaço reservado à publicidade de negócios imobiliários. Ainda poderá o juiz, para aumentar a visibilidade da propaganda, reunir vários editais, alusivos a mais de uma execução, mandando elaborar lista para ser publicada (art. 687, § 4.º).

Atendendo à importância dos bens e tendo em vista o princípio do resultado da execução, determina a lei que, se os bens penhorados tiverem valor inferior a sessenta salários mínimos, será dispensada a publicação de editais (art. 686, § 3.º). Isto se dá porque o custo dos editais e de sua publicação pode tornar antieconômica a execução. Neste caso, diante da falta de publicidade, a lei proíbe, para proteger o executado, que a alienação seja feita por preço inferior ao da avaliação. Ainda em razão da menor sorte econômica do exeqüente, poderá o juiz, quando este for beneficiário de assistência judiciária gratuita, determinar que a publicação se dê no órgão oficial de imprensa (art. 687, § 1.º).

A par da publicação deste edital, a convocação para a hasta pública deve incluir a ciência do executado. O executado tem o direito de saber como, quando e onde os seus bens serão levados à arrematação, até para que possa tomar providências para evitar a alienação ou para resgatar os bens por meio da remição da execução (art. 651 do CPC).[8] Impõe o CPC que o executado seja cientificado na pessoa do seu advogado ou, caso não tenha advogado constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo dirigido a sua pessoa (art. 687, § 5.º).

Deverão também ser cientificados por meio idôneo da data, local e hora da hasta pública, com antecedência mínima de dez dias, o senhorio direto e o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, "que não seja de qualquer modo parte na execução" (art. 698 do CPC). Esta comunicação tem por finalidade garantir os direitos destes terceiros, que possuem privilégio legal sobre os bens correspondentes. Ausente esta comunicação, pode o prejudicado (senhorio direto, credor

[8] Ver Capítulo 3, item 3.4.6.

com garantia real ou com penhora anteriormente averbada) postular o desfazimento da eventual arrematação (art. 694, § 1.º, VI, do CPC) ou manter a sua garantia sobre o bem, não obstante a transferência de titularidade havida (art. 619 do CPC).

É necessário também intimar o cônjuge e o convivente do executado da data prevista para a hasta pública, quando se referir a bens imóveis, não importando o regime de bens do casal. Esta intimação tem a mesma *ratio* da intimação da penhora, conduzindo às mesmas conseqüências. Em razão desta intimação, poderá o cônjuge defender-se da execução ou, ao menos, ressalvar a sua meação de eventual alienação judicial.

Quanto ao credor, não há exigência de que seja comunicado da data fixada para a hasta pública. Em regra, sua ciência ocorrerá por ser o responsável em promover a publicação do edital na mídia, o que lhe dará o conhecimento dos seus termos. Porém, é interessante – especialmente quando este edital não exista ou não seja entregue ao credor (como ocorre nos casos descritos nos arts. 686, § 3.º e 687, § 1.º) – dar ciência ao exeqüente da data e do local designados, notadamente em razão da sua legitimidade para oferecer lanço na arrematação judicial e da circunstância de que é o principal interessado na higidez deste procedimento.

5.5.2 *A legitimação para arrematar*

Em princípio, qualquer pessoa com capacidade civil plena pode oferecer lanço na arrematação judicial. Como diz o art. 690-A, toda pessoa que estiver na livre administração de seus bens tem legitimidade para participar da hasta pública, oferecendo lanço. Porém, estão excluídos desta possibilidade, nos termos dos incisos do referido artigo: i) os tutores, curadores, testamenteiros, administradores, síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados a sua guarda e responsabilidade; ii) os mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; e iii) o juiz, membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, escrivão e demais servidores e auxiliares da Justiça.

Note-se que a lei não exclui nem o exeqüente nem o executado desta autorização. O executado, por razões óbvias, em princípio não tem interesse em participar da hasta pública. Arrematando o seu bem, o dinheiro pago será utilizado para satisfazer o crédito executado, podendo o bem voltar a ser novamente penhorado se restar saldo a executar. Portanto, a racionalidade impõe ao executado que, ao invés de participar da hasta, pague o valor da sua dívida no intuito de remir a execução. Seria possível cogitar, ao menos em tese, da participação do devedor na hasta para oferecer lanço sobre bem penhorado de outro executado, o que demonstra, de toda sorte, sua legitimidade para a arrematação.

Quanto ao credor exeqüente, pode também participar da arrematação judicial, embora seu desejo em receber certo bem penhorado deva se manifestar, em regra, mediante requerimento de adjudicação. Perceba-se que a faculdade que se lhe confere de adjudicar a coisa penhorada não retira a sua legitimação para a arrematação,

como está claro no art. 690-A, parágrafo único, do CPC. Porém, participando da hasta e sagrando-se vencedor, em princípio o exeqüente não terá obrigação de pagar o preço, já que o valor do lanço será debitado do crédito executado. Caso o valor do bem arrematado seja superior ao crédito executado, terá o credor o prazo de três dias para depositar a diferença, sob pena de a arrematação se tornar sem efeito, impondo o retorno do bem à hasta pública à custa do exeqüente (art. 690-A, parágrafo único, *in fine*, do CPC).

5.5.3 *A arrematação judicial*

Na data designada, procede-se à hasta pública dos bens indicados no edital. Os bens são oferecidos um a um, até que se obtenha o valor suficiente para saldar o crédito executado e os demais valores referentes à execução (art. 692, parágrafo único, do CPC). No caso de imóvel que admita divisão, o executado poderá requerer a alienação de parcela do bem, no limite suficiente para satisfazer o direito de crédito (art. 702 do CPC). Para que se possa exercer esta alternativa, o CPC determina que o avaliador sugira possíveis divisões do imóvel, arbitrando valor para cada parte (art. 681, parágrafo único, do CPC). Em todo caso, se não houver interessado na aquisição de parcela do imóvel, deverá voltar à hasta pública em sua integralidade (art. 702, parágrafo único, do CPC).

O procedimento da hasta pública se faz separadamente para cada um dos bens, até terem sido oferecidos todos os bens penhorados, ou até se ter atingido o valor suficiente para satisfazer o crédito executado. Entretanto, se houver diversos bens e mais de um lançador, terá preferência o que se propuser a arrematá-los globalmente, oferecendo para os que não tiverem interessado o valor igual ao da avaliação e, para os outros, o maior lanço (art. 691 do CPC).

Se a hasta demorar e sobrevier a noite, será suspensa e recomeçada na mesma hora do dia útil seguinte, independentemente de novo edital (art. 689 do CPC). Quando, por razão justificável, a hasta não se realizar na data designada, será adiada, determinando o juiz que seja feita a comunicação da transferência pela imprensa local e pelo órgão oficial (art. 688 do CPC). Na eventualidade de a hasta não se realizar por culpa do escrivão, do serventuário ou do leiloeiro, responderão pelas despesas da nova publicação, podendo o juiz aplicar-lhes pena de suspensão de cinco a trinta dias (art. 688, parágrafo único, do CPC).

Iniciada a hasta, o bem a ser alienado será apresentado pelo serventuário (bens imóveis) ou pelo leiloeiro (bens móveis), que lerá a síntese de sua descrição, indicando eventuais ônus pendentes, o valor da avaliação e outras circunstâncias relevantes. Após, os interessados concorrerão entre si, oferecendo lanços pelo bem (no mínimo, o valor da avaliação), até que algum dos licitantes proponha valor não coberto por outro interessado.

Na hipótese de bem imóvel, o interessado em adquiri-lo poderá oferecer proposta por escrito, mesmo antes da data da hasta, pleiteando o pagamento em

prestações, com oferta de, pelo menos, trinta por cento à vista e o resto garantido por hipoteca sobre o próprio bem, não podendo o total ser inferior à avaliação (art. 690, § 1.º, do CPC). As propostas apresentadas nestes termos serão juntadas aos autos e deverão indicar o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo (art. 690, § 2.º, do CPC). Uma vez feitas tais propostas, o juiz decidirá, na data da praça, entre elas e os lanços que forem oferecidos no momento (art. 690, § 3.º, do CPC).

Ressalvada a hipótese acima mencionada, o licitante vencedor (arrematante) deverá depositar o valor de seu lanço imediatamente ou no prazo de quinze dias, desde que preste caução suficiente (art. 690 do CPC). A caução poderá ser real ou fidejussória (por meio de fiador judicial). Tratando-se de garantia fidejussória, se o fiador do arrematante pagar o valor do lanço, poderá requerer que o bem lhe seja entregue, de forma a tornar-se o "arrematante" da coisa (art. 696 do CPC).

Requerendo-se o pagamento em quinze dias e não sendo o preço depositado neste prazo, o juiz imporá a perda da caução em favor do exeqüente, voltando os bens para alienação em hasta pública, caso em que o procedimento de expropriação deve ser repetido. Na nova hasta, não poderão participar o arrematante e o fiador anteriores, que são considerados *remissos* (art. 695 do CPC). A caracterização do estado de *fiador* e de *arrematante remissos* constitui punição para o terceiro que frustra o resultado da alienação, que fica impossibilitado de arrematar na execução em que não honrou sua proposta.

Não sendo os bens alienados na primeira hasta, serão oferecidos novamente, na data marcada no edital para a segunda hasta pública, a ocorrer entre os dez e os vinte dias seguintes. Na segunda hasta, admite-se a alienação dos bens por qualquer lanço, ainda que inferior ao valor da avaliação, desde que não considerado "preço vil" (arts. 686, VI e 692, do CPC). No entanto, o preço da arrematação não poderá ser inferior ao da avaliação, no caso em que o valor dos bens penhorados não exceder a sessenta vezes o valor do salário mínimo vigente na data da avaliação e, por isto, houver sido dispensada a publicação de edital (art. 686, § 3.º, CPC).

Não há parâmetro para definir o que é considerado preço vil, exceto em um caso particular.[9] Na realidade, apenas a consideração do caso concreto pode determinar esta circunstância, devendo-se analisar se a oferta é absolutamente incompatível com o valor do bem, de modo a caracterizar apenas o oportunismo do terceiro – que, à míngua de concorrentes, pensa poder arrematar os bens por qualquer importância. Em regra, para presumir o preço como vil, toma-se como parâmetro a metade do valor atualizado da avaliação.[10] Ou seja, quando o preço é menor do que a metade do valor atualizado da avaliação, presume-se, como regra apriorística, que o valor seja

[9] Ver, *infra*, item 5.5.4.

[10] STJ, 4.ª T., REsp 839856/SC, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* 16.10.2006, p. 383; STJ, 3.ª T., REsp 793725/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 02.10.2006, p. 277; STJ, 3.ª T., REsp 555809/MG, rel. Min. Castro Filho, *DJU* 25.04.2005, p. 334.

vil. Porém, este parâmetro é nitidamente relativo, já que questões específicas do caso concreto poderão recomendar a alienação do bem por preço inferior à metade de sua avaliação (por exemplo, diante da depreciação da coisa ou da perda de interesse no bem por parte do mercado).[11]

Concluída a arrematação, será lavrado imediatamente o *auto de arrematação*, a ser assinado pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, com a indicação das condições pelas quais o bem foi alienado (arts. 693 e 707, do CPC). Efetuado o pagamento do preço, à vista ou a prazo, ou prestadas as garantias necessárias (art. 690, § 1.º, do CPC), será determinada a entrega do bem ao arrematante (no caso de bem móvel) ou a expedição de *carta de arrematação* (quando se tratar de bem imóvel), para a aquisição definitiva da propriedade da coisa (arts. 693, parágrafo único, e 707, do CPC).[12] A carta de arrematação, à semelhança do que ocorre com a carta de adjudicação ou de alienação, é o documento que habilita o adquirente a promover a transferência do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis correspondente. Deverá conter: "I – a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros; II – a cópia do auto de arrematação; e III – a prova de quitação do imposto de transmissão" (art. 703 do CPC).

Com a assinatura do auto de arrematação, considera-se perfeito e irretratável o ato, que não poderá desfazer-se nem mesmo se acolhida a impugnação (art. 694 do CPC). A norma do art. 694 visa a proteger o arrematante, considerado terceiro de boa-fé. Além disto, se o arrematante pudesse perder o bem arrematado diante da procedência da impugnação, certamente ninguém mais adquiriria bem em hasta pública enquanto não definida a impugnação, o que *eliminaria a celeridade* que se pretendeu outorgar à execução com a previsão da não-suspensividade, como regra, da impugnação. Ou então, diante do risco inerente à aquisição do bem nesta condição, a sua arrematação apenas se daria *por valor bem mais baixo* do que o de mercado, suficiente para tornar a sua compra atraente, diante do *risco da sua perda* em decorrência da procedência da impugnação. Esta última situação, como é intuitivo, favoreceria apenas a especulação, causando evidente prejuízo à atividade jurisdicional, ao instituto da execução e às partes.

Assim, uma vez julgada procedente a impugnação, o executado terá direito ao preço pago pelo arrematante – ainda que superior ao valor da avaliação do bem. No caso contrário, sendo o valor da arrematação *inferior* ao valor do bem, terá o executado

[11] STJ, 4.ª T., REsp 166789/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 21.09.1998, p. 198.

[12] No regime anterior, a carta de arrematação só era expedida após vinte e quatro horas da lavratura do auto correspondente. Admitia-se, neste prazo, a *remição de bens*, que era procedimento de resgate do bem adquirido, por parente do devedor, pelo valor do lanço vencedor. No direito atual, não há mais esta figura – substituída pela adjudicação do bem, antes da arrematação –, de modo que não haveria sentido em manter o espaço antes existente para a expedição da carta de arrematação.

direito de receber do exeqüente a diferença (art. 694, § 2.º, do CPC). Contudo, a soma devida ao executado não é limitada à importância do preço pago pelo arrematante ou ao valor da avaliação. O executado, além do valor do preço da arrematação ou da avaliação – conforme o caso –, tem direito a ser ressarcido pelo dano que sofreu em razão da perda do bem. Ou melhor, o executado, caso tenha sofrido dano em virtude da perda do bem, tem não só o direito de ser reembolsado pela quantia equivalente ao valor do bem, mas também o direito ao ressarcimento pelo equivalente ao dano que sofreu, aí incluídos o dano imediato provocado pela perda do bem e eventuais lucros cessantes.

Conquanto a arrematação não se desfaça no caso de procedência da impugnação, há situações que impõem a sua insubsistência. Como diz o art. 694, § 1.º, do CPC, a arrematação poderá ser tornada sem efeito: "I – por vício de nulidade; II – se não for pago o preço ou se não for prestada a caução; III – quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital; IV – a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1.º e 2.º); V – quando realizada por preço vil (art. 692); VI – nos casos previstos neste Código (art. 698)". Os casos descritos não formam elenco uniforme de vícios. Ao contrário, reúnem situações de nulidade da arrematação, de anulabilidade, de arrependimento e de sua não conclusão. Os incisos I e V, por exemplo, constituem situações gerais de nulidade, referidas a vícios formais da arrematação (falta de intimação, não publicação de editais, venda de coisa inalienável etc.). O inciso II, por seu turno, alude a situação em que, eventualmente, sequer a arrematação chegou ao seu fim; não pago o preço ou oferecida a caução, não se expede, em regra, o auto de arrematação, o que demonstra não estar terminado o procedimento. Os incisos III e VI tratam de evidentes causas de anulação da alienação; a primeira se funda em hipótese semelhante à de vício oculto na coisa adquirida ou de cumprimento imperfeito fundado em inconformidade jurídica, ao passo que a segunda contempla vício expresso previsto no art. 698. O inciso IV, que remete ao art. 746, § 1.º, contempla a possibilidade de arrependimento em favor do arrematante.

5.5.4 *Formas especiais de arrematação*

Algumas espécies de arrematação judicial devem ser realizadas com cautelas específicas, diante de particularidades do bem a ser alienado ou da condição do credor ou do devedor.

Assim, no caso de bens com cotação em Bolsa de Valores (art. 704 do CPC), o procedimento da alienação, como é óbvio, não pode ser o acima descrito. A negociação deverá se pautar pelas regras próprias que regulam este comércio, podendo o credor escolher o corretor que fará a transação. Não havendo escolha do corretor, caberá ao juiz atribuir a negociação a uma corretora, competindo à Bolsa de Valores proceder às comunicações correspondentes.

Tratando-se de imóvel pertencente a incapaz, existe fixação legal do que se deve entender por "preço vil", de modo a impedir a alienação. Diz o art. 701 do CPC que este imóvel não pode ser alienado, em praça, por preço inferior a oitenta por cento do valor da avaliação. Não existindo lanço superior a tal importância, o juiz suspenderá a hasta por prazo não superior a um ano, confiando a guarda e a administração do bem a depositário idôneo. Se, no período da suspensão, algum interessado assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará a restituição do bem em praça para que se proceda a sua alienação (art. 701, § 1.º). O pretendente à arrematação que se arrepender será penalizado com multa de vinte por cento sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo (art. 701, § 2.º). Ainda no período de suspensão, poderá o juiz, no interesse do incapaz, autorizar a locação do bem, revertendo o produto para a satisfação do crédito executado (art. 701, § 3.º, do CPC). Decorrido o período da suspensão, voltará o bem à hasta pública, caso em que poderá ser alienado, na primeira praça, no mínimo pelo valor da avaliação, e por qualquer valor, desde que não vil, na segunda praça (art. 701, § 4.º, CPC).

5.6 O usufruto de bem móvel ou imóvel

O último instrumento previsto no CPC para a satisfação do crédito pecuniário é o usufruto judicial de bens móveis ou imóveis.[13] Através dele não se expropria o bem, mas apenas, por período limitado de tempo, o poder de fruir que lhe é inerente, objetivando-se realizar o crédito executado com os frutos e rendimentos do bem. A figura constitui forma de direito real limitado, dotado de características próprias, decorrentes de sua origem judicial. A sua constituição gera efeitos perante terceiros – a partir da publicação da decisão concessiva (art. 718 do CPC) e independentemente de registro na matrícula do imóvel –, produzindo a separação dos poderes inerentes à propriedade. O bem permanece de titularidade de seu primitivo dono, mas alguns dos poderes da propriedade são entregues ao exeqüente, eventualmente representado por administrador.

5.6.1 *Requisitos da decretação do usufruto judicial*

A instituição do usufruto judicial depende de um pressuposto básico: a existência de bem penhorado que seja capaz de produzir frutos ou rendimentos. Porque

[13] Não existe, no sistema atual, o usufruto de empresa, anteriormente previsto. Agora, somente os bens poderão ser objeto de usufruto, o que se justifica em razão da possibilidade de alienação de empresa e pela permissão expressa de penhora e alienação do seu faturamento e dos seus bens. Na realidade o usufruto de empresa foi substituído pelo regime especial de alienação dos frutos da pessoa jurídica, de que trata o art. 655-A, § 3.º, do CPC, de modo que seria supérflua a manutenção de um regime especial de usufruto de empresa no direito atual.

o usufruto judicial incide sobre este produto, a sua instituição é inviável quando o bem penhorado não tem capacidade para gerá-los.

Ademais, como diz o art. 716 do CPC, esta forma de expropriação só tem sentido quando respeitados os pressupostos da eficiência da execução (princípio do resultado) e da preservação do devedor (princípio do menor sacrifício do executado). Havendo outra forma, eficiente para a satisfação do credor e menos onerosa ao executado, esta obviamente terá preferência sobre o usufruto judicial.

O usufruto, por exigir o controle do juiz sobre a atividade de arrecadação dos frutos ou rendimentos – a qual, para saldar o crédito, muitas vezes tem que se prolongar no tempo –, pode despender muito tempo da jurisdição e ter um custo elevado. Por esta razão, o exeqüente deve considerar com cautela as vantagens do usufruto diante das outras formas de expropriação.

De qualquer forma, somente o exeqüente pode requerer que lhe seja atribuído o usufruto do bem penhorado (art. 721 do CPC). Cabe ao exeqüente avaliar se o usufruto é o meio idôneo à realização do seu crédito, ou seja, se deve preferir às outras formas de expropriação.

De acordo com o art. 721, o requerimento de instituição de usufruto deve ser feito antes da realização da praça. Como é óbvio, se o bem for alienado em hasta, não mais restará lugar para o usufruto judicial. Porém, vale lembrar que o bem pode ser levado à hasta pública e não haver interessado na sua aquisição. Neste caso, tendo sido a hasta pública frustrada, nada impede que o exeqüente solicite a instituição do usufruto.

5.6.2 *Procedimento do usufruto judicial*

Requerido o usufruto, o executado terá oportunidade para se manifestar, podendo alegar que o usufruto não é idôneo a satisfazer o crédito, ou que existe outro meio igualmente idôneo, mas que lhe traz menor gravame.

Entendendo, em análise sumária, ser viável o usufruto, o juiz nomeará perito para avaliar os frutos e rendimentos que o bem pode gerar, bem como para estimar o tempo necessário para a quitação integral da dívida executada, composta pelo principal, juros, custas e honorários advocatícios (arts. 717 e 722 do CPC).

O laudo do perito poderá ser impugnado pelas partes, em prazo fixado pelo juiz. Após, caberá ao juiz decidir pela instituição do usufruto, considerando, a partir das conclusões do laudo pericial, a efetividade e a onerosidade da medida diante das particularidades do caso concreto. Trata-se de decisão interlocutória, conforme deixam claro as novas redações dos arts. 718 e 722, §§ 1.º e 2.º – não obstante o nítido lapso do legislador em manter a expressão "sentença" na primeira parte da redação do art. 719 –, comportando agravo por instrumento.

Deferido o usufruto, em caso de imóvel mandará o juiz expedir carta para a averbação do usufruto, junto à matrícula correspondente, no respectivo Cartório de

Registro de Imóveis. Devem constar da carta a identificação do imóvel e as cópias do laudo pericial e da decisão (art. 722, § 2.º, do CPC).

Isto não quer dizer que os efeitos do usufruto perante terceiros somente são produzidos após tal averbação. Como diz o art. 718, "o usufruto tem eficácia, assim em relação ao executado [ou melhor, entre as partes] *como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceda*". Note-se, porém, que esta norma (do art. 718) só tem incidência se, anteriormente, o exeqüente tiver cumprido com a determinação do art. 659, § 4.º. Ou melhor, para que o usufruto gere efeitos perante terceiros *a partir da publicação da respectiva decisão*, deverá o exeqüente ter *promovido, anteriormente, a averbação da penhora do bem imóvel na matrícula correspondente*. Não tendo havido a prévia averbação da penhora, o usufruto *só pode gerar efeitos perante terceiros a partir da averbação do usufruto na matrícula do imóvel*. Esta interpretação confere sentido ao art. 718 – que diz que os efeitos do usufruto são produzidos *a partir da decisão* que o institui – e ao art. 722, § 1.º – que determina a expedição de carta para a *averbação do usufruto na matrícula do imóvel*. Embora o usufruto sempre deva ser averbado na matrícula do imóvel, os efeitos do usufruto são produzidos desde logo – ou melhor, a partir da decisão que o institui – apenas se a penhora do imóvel foi anteriormente averbada na sua respectiva matrícula. Se isto não ocorreu, os efeitos perante terceiro serão produzidos apenas com a averbação.

Ao decretar o usufruto, o juiz nomeará administrador, que será investido de todos os poderes que concernem ao usufrutuário da coisa (art. 719 do CPC). Pode ser administrador o credor ou o devedor – desde que haja concordância da parte contrária –, ou ainda terceiro, caso em que terá direito a remuneração por sua função. Recaindo o usufruto sobre quinhão de condômino na co-propriedade, o administrador estará investido em todos os direitos que cabiam àquele (art. 720 do CPC).

Os frutos e rendimentos do bem objeto do usufruto serão entregues ao administrador – ou ao credor, quando desempenhar tal função ou inexistir administrador –, que procederá ao depósito da quantia, a ser ulteriormente liberada ao credor, até a integral satisfação do direito executado. No intuito de saldar o crédito, poderá o usufrutuário (exeqüente), ouvido o executado, celebrar contrato de locação do bem móvel ou imóvel objeto do gravame (art. 724 do CPC). Havendo concordância do executado, será celebrado o contrato; em caso de discordância, caberá ao juiz decidir sobre a melhor forma de exercício do usufruto (art. 724, parágrafo único, do CPC).

Quitada integralmente a dívida, seus acessórios e os consectários processuais, extingue-se o usufruto, restituindo-se todos os poderes sobre a coisa ao respectivo titular.

5.7 Entrega do dinheiro ao credor

Ultimada a expropriação dos bens penhorados, cabe proceder à efetiva satisfação do credor. Normalmente, o procedimento é simples e não suscita maior interesse, limitando-se à expedição de alvará autorizando o exeqüente a levantar o

valor depositado. Excepcionalmente, porém, o tema pode assumir contornos mais complexos, sendo possível imaginar mais de um credor pretendendo a quantia depositada judicialmente. Neste caso, será necessário formar novo incidente para se resolver a controvérsia.

Há ainda situação em que a satisfação do credor não pode ser separada da expropriação, resolvendo-se, assim, em um único momento. Isto é o que ocorre com a adjudicação. Nela não existem as fases da expropriação e do recebimento do crédito. Isto porque a adjudicação é, em si, a própria forma de satisfação, uma vez que através dela, ou seja, pelo recebimento do bem penhorado, ocorre a quitação (total ou parcial) da dívida.

Outras variáveis podem interferir na satisfação do credor, como ocorre na execução contra a Fazenda Pública, em que a exigência constitucional de previsão orçamentária para a realização do pagamento impõe sistema todo especial para o adimplemento da dívida no processo.[14]

5.7.1 *O pagamento direto*

Como regra geral, tem-se que, efetuada a alienação – em hasta pública ou por iniciativa particular – dos bens penhorados, ou promovido o usufruto de bens em favor da execução, haverá, após os atos expropriatórios, certo montante em dinheiro depositado em conta vinculada ao juízo, à disposição do credor. O passo seguinte será, então, o requerimento do credor para o levantamento desta importância.

Isto é o que prevê o art. 709 do CPC, autorizando o credor a levantar a quantia depositada, até a satisfação integral do seu crédito, quando: "I – a execução for movida só a benefício do credor singular, a quem, por força da penhora, cabe a preferência sobre os bens penhorados e alienados; II – não houver sobre os bens alienados qualquer outro privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora".

Presentes as duas condições, poderá o exeqüente solicitar ao juiz o levantamento da quantia que lhe cabe, dando quitação do valor recebido (art. 709, parágrafo único, do CPC). Porém, antes de deferir o pedido, deverá o magistrado reservar, da quantia depositada, os valores referentes a outras despesas que a execução deve saldar (custas processuais, eventuais honorários de sucumbência ainda não percebidos etc.). Deverá também o juiz determinar a atualização do crédito executado, pois o credor tem direito a receber a importância acrescida de juros e correção monetária até a efetiva data do pagamento.

Efetuado o levantamento do valor devido ao exeqüente e havendo saldo, este deverá ser restituído ao executado. Restando saldo em favor do credor, retomam-se novamente os atos de satisfação, com nova penhora, avaliação e alienação de bens, até que a integralidade do crédito seja satisfeita.

---

[14] Ver adiante o capítulo respectivo.

Eventualmente, a satisfação do credor singular se dá a prazo, como ocorre na arrematação de imóveis a prazo ou no usufruto de bens. Nestes casos, paulatinamente, na medida em que são depositados os valores correspondentes à execução, poderá o credor pleitear seu levantamento até o limite de seu crédito atualizado, ficando o remanescente à disposição do devedor (art. 690, § 4.º, do CPC).

5.7.2 *O concurso singular de credores*

A situação é mais complexa quando vários credores reclamam a mesma importância. Figure-se a hipótese de devedor que teve um mesmo bem penhorado em diversas execuções, ou de um bem que, a par da penhora, é gravado de ônus real anterior. Nestes exemplos, haverá mais de um pretendente ao recebimento da quantia depositada, surgindo assim o chamado *concurso singular de credores.*

Este concurso não se confunde com o concurso *universal* de credores. O concurso singular se dá quando vários credores buscam o produto da alienação de um bem específico do devedor. Já no concurso universal a concorrência incide sobre todo o patrimônio do executado, a exemplo do que ocorre com a liquidação, com a falência ou com a declaração de insolvência civil.

A solução preconizada pelo CPC diante da existência de interesses opostos sobre o produto da alienação de um mesmo bem está na fixação de uma ordem de preferência. Diz o art. 711 do CPC que, havendo vários credores interessados em receber a mesma importância em dinheiro, depositada em juízo, a satisfação se dará segundo o grau de preferência legal de cada crédito. Não havendo crédito privilegiado, o pagamento será efetuado de acordo com a ordem das penhoras.

De início, então, a solução do concurso se dá pela análise das eventuais preferências legais dos créditos. Estas preferências são representadas, como indica o art. 958 do CC, pelos privilégios e pelos direitos reais. O crédito real preferirá sempre ao pessoal, de qualquer natureza; o crédito pessoal privilegiado tem precedência sobre o simples; e o crédito com privilégio especial prefere ao crédito com privilégio geral (art. 961 do CC).

O Código Tributário Nacional também confere preferência para os créditos tributários, excetuando os decorrentes da legislação do trabalho ou de acidente de trabalho (art. 186). Na verdade, o crédito trabalhista, até o limite de cento e cinqüenta salários mínimos por credor, bem como o decorrente de acidente de trabalho (art. 83, I, da Lei 11.101/2005), preferem a todos os outros.

Assim sendo, é possível sintetizar o quadro dos créditos privilegiados da seguinte forma:

a) créditos oriundos da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho. Não há, no direito brasileiro, qualquer regra que discipline minuciosamente o tema do privilégio do crédito trabalhista no concurso de credores. Tem-se apenas a referência,

no art. 186 do CTN, sobre o privilégio dado a este crédito, e a indicação posta no art. 83, I, da Lei 11.101/2005, que é específica para o regime da falência. Diante desta completa ausência de disciplina pontual, é necessário recorrer à analogia, aplicando o preceito atinente à falência. Por isto, em que pese não exista limitação para o crédito trabalhista no concurso singular de credores, deve-se concluir que o teto de cento e cinqüenta salários mínimos também deve ser aqui aplicável.

b) créditos tributários. Como diz o art. 186 do CTN, o crédito tributário "prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho".[15] Nos termos do art. 965, VI, do CC, o privilégio geral dos créditos tributários só ocorre "no ano corrente e no anterior". Todavia, esta regra não merece aplicação, pois está em manifesta oposição à regra específica, constante do Código Tributário Nacional. Frise-se que o Código Civil não é lei complementar – exigida para tratar da matéria, conforme prevê o art. 146, III, *b*, da Constituição Federal.

c) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado.[16] Recorde-se que os créditos reais preferem os pessoais, de modo que a existência de garantia real sobre o bem tem precedência sobre os demais, salvo sobre os que acabaram de ser vistos nos itens anteriores. No caso de falência, estes créditos preferem até mesmo aos créditos fiscais, como prevê o art. 83, II, da Lei 11.101/2005.

d) créditos com privilégio especial (a exemplo dos elencados no art. 964 do CC, respeitada aquela ordem), excetuados os de origem real, que estão no grupo anterior.

e) créditos com privilégio geral (como os enumerados no art. 965 do CC, excluído o crédito tributário, como se observou acima).

Havendo vários credores dentro da mesma categoria de privilégios, haverá rateio do valor depositado entre eles, caso o montante não seja suficiente para saldar todos os créditos.

Não havendo privilégio legal de crédito, ou depois de quitados os créditos privilegiados, o pagamento dos créditos remanescentes (quirografários) levará em conta a anterioridade das penhoras. O art. 711, *caput*, segunda parte, diz que, "não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar *o credor que promoveu a execução*, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, *observada a anterioridade de cada penhora*". Porém, esta prioridade deve ser interpretada à luz do art. 612, que assim estabelece: "Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, *que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados*".

[15] Para a falência – e apenas para esse procedimento –, o crédito tributário está abaixo do crédito com garantia real (art. 83, III, da Lei 11.101/2005 e art. 186, parágrafo único, I, do CTN). Esta regra não tem aplicabilidade geral, limitando-se a reger a classificação dos créditos na falência, de modo que, para os fins gerais, permanece o crédito tributário no segundo lugar da ordem de preferência.

[16] Há decisões do STJ que entendem que o crédito de quotas condominiais tem preferência sobre os créditos com garantia real (STJ, 6.ª T., REsp 315963/RJ, rel. Min. Quaglia Barbosa, *DJU* 16.11.2004, p. 333; STJ, 3.ª T., REsp 577547, rel. Min. Menezes Direito, *DJU* 25.10.2004, p. 342).

A necessária harmonização entre os arts. 711 e 612 impõe a conclusão de que, ressalvados os privilégios legais, é exclusivamente a ordem da *penhora* que confere aos credores quirografários preferência em relação ao crédito oriundo do bem penhorado. A hipótese aventada pelo art. 711 – de satisfazer o exeqüente antes de se observar a ordem das penhoras – supõe a plena observância do art. 674 do CPC. Ou melhor, o art. 711, ao recomendar a satisfação do exeqüente antes da observância da ordem das penhoras, parte da premissa de que a primeira penhora sobre o bem é a do próprio exeqüente, *sendo as demais averbadas no rosto dos autos da sua (a primeira) execução.* Neste caso, obviamente, será observada a ordem das penhoras, compatibilizando-se os conteúdos dos arts. 711 e 612. Entretanto, se, por algum motivo, as penhoras ocorrerem separadamente, e não no rosto dos autos da execução em que ocorreu a primeira penhora, haverá de ser necessariamente considerada a ordem de antecedência das penhoras, já que não haverá uma primeira penhora realizada em execução, em cujos autos todas as demais penhoras foram posteriormente averbadas, mas sim diversas penhoras em *várias execuções*. Portanto, como regra geral, resta a conclusão de que, não havendo crédito privilegiado, o pagamento será efetuado de acordo com a anterioridade das penhoras incidentes.

Idêntico efeito da penhora, para os fins aqui examinados, tem o arresto executivo (art. 653 do CPC), embora o mesmo raciocínio não valha para o arresto cautelar (art. 813 e ss. do CPC). É que o arresto cautelar é mera garantia abstrata, não tendo o efeito de segregar do patrimônio do devedor um bem para fazer sobre ele incidir a responsabilidade patrimonial. Em razão disto, somente com a penhora que o sucederá (art. 818 do CPC) haverá o efeito da preferência aqui estudado.

Quanto aos créditos privilegiados, sua preferência não acarretará, necessariamente, o direito ao imediato levantamento da quantia depositada. Estes créditos preferem aos demais, no sentido de que o montante decorrente da alienação do bem penhorado deve reverter, prioritariamente, para a sua satisfação. Porém, isto apenas ocorrerá quando tais créditos forem exigíveis. Se o crédito ainda não venceu, por exemplo, a alienação do bem não provoca o vencimento antecipado da dívida, não permitindo a satisfação imediata do credor privilegiado.

Há situação distinta apenas quando o crédito tem garantia real, pois, neste caso, alienado o bem sobre o qual incide o ônus, a garantia passa para o montante em dinheiro, que ficará depositado até a satisfação do direito. De toda sorte, a prioridade na satisfação dos créditos com preferência legal, nos termos do art. 711 do CPC, independe do ajuizamento de execução e da penhora efetuada sobre o bem cujo pro-

duto se disputa.[17] Basta o crédito ser líquido, certo e exigível para poder participar do concurso, quando será tutelado segundo a ordem de preferência apontada.

Assim, em regra ocorrerá a reserva de dinheiro, no montante suficiente para saldar os créditos privilegiados apresentados, atribuindo-se o restante aos credores quirografários, na ordem de suas penhoras.

Cada pretendente deve fazer seu requerimento de preferência, dirigido ao juiz perante o qual se encontra depositado o montante pretendido, apresentando a natureza de seu crédito e comprovando a sua existência, podendo, ainda, requerer a designação de audiência para produzir prova. Na audiência em questão, poderão os credores impugnar, uns aos outros, as pretensões, discutindo unicamente a preferência e a ordem de penhora de cada qual (art. 712 do CPC). Não sendo necessária a instalação de audiência, tais impugnações devem ocorrer por escrito, em prazo fixado pelo juiz. Concluídos os debates, ou findo o prazo designado, decidirá o juiz a controvérsia, estabelecendo a ordem de pagamento (art. 713 do CPC). Contra esta decisão, o prejudicado poderá interpor agravo por instrumento.

[17] STJ, 4.ª T., REsp 258017/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., *DJU* 28.08.2006, p. 292; STJ, 2.ª T., REsp 594491/RS, rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* 08.08.2005, p. 258; STJ, 3.ª T., REsp 293788/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 14.03.2005, p. 318. Tal entendimento altera a compreensão anterior do próprio STJ, que exigia o prévio ajuizamento de execução e a penhora sobre o bem alienado para a participação no concurso de credores.

6

Suspensão e Conclusão da Execução

6.1 O término da execução

A execução seguirá tomando bens do devedor e alienando-os, até a integral satisfação do crédito exigido ou até que outra causa determine sua conclusão. Exaurida a finalidade da execução, ou inviabilizada por outra razão, deverá ela ser formalmente concluída, dando-se fim ao processo.

A extinção da execução se dá por ato judicial, caracterizado como sentença. Este ato judicial coloca fim ao processo em primeiro grau, sendo por isto inquestionável sua natureza de sentença. Com efeito, embora se possa discutir sobre a extensão da definição apresentada pelo art. 162, § 1.º do CPC – havendo quem sustente que as sentenças não mais precisam, necessariamente, extinguir o processo –, é pacífico que *todo ato que põe fim ao processo em primeiro grau constitui sentença*.

Tratando-se de sentença, contra este ato poderá o prejudicado, se houver interesse para tanto, insurgir-se mediante apelação. Eventualmente, neste recurso poderá apresentar defesas que não ofereceu anteriormente, ensejando a possível modificação da execução ou o desfazimento (total ou parcial) de seus atos.[1]

Os arts. 794 e 795 do CPC aludem às sentenças que põem fim à execução. Diz o art. 794 que se extingue a execução quando: "I – o devedor satisfaz a obrigação; II – o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III – o credor renunciar ao crédito". A par destes casos, pode-se obter a extinção da execução por qualquer outra razão hábil, o que, todavia, só surtirá efeitos depois de reconhecido por sentença (art. 795, CPC).

[1] Ver Sérgio Cruz Arenhart, A defesa do executado pela via recursal. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais* (organizado por Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier), p. 982 e ss.

De outro lado, também pode a decisão da impugnação ou da exceção de pré-executividade resultar em sentença, tema que, por já ter sido estudado (no capítulo destinado à análise da *defesa do executado*), dispensará novas considerações.

6.2 A sentença de extinção da execução

A natureza da sentença que extingue a execução requer atenção. Em princípio, a sentença de extinção da execução não constituirá *sentença de mérito*, especialmente no caso de títulos judiciais, até porque este mérito já foi julgado pela sentença prolatada na fase de conhecimento ou em outra sede (de onde se originou o título).

Isto não significa dizer que não exista mérito na execução; ele existe e é representado pela pretensão executiva. Não há, porém, ao menos em princípio, *sentença de mérito*, já que não é objetivo da execução "julgar" a pretensão do credor, mas apenas realizá-la materialmente. Não havendo mérito a ser decidido, mas direito a ser realizado, a sentença da execução é, normalmente, apenas *extintiva* do processo. Seu escopo é reconhecer o exaurimento da função executiva, dando, *formalmente*, fim ao processo.

Desta natureza é a sentença de que trata o art. 795 do CPC. Este ato judicial tem significado estritamente formal, valendo como o "ponto final" da execução. Assim, satisfeita a obrigação, diante do levantamento, pelo exeqüente, da importância relativa ao seu crédito, esgota-se a função da execução. Esta satisfação se dá, sublinhe-se, com o "pagamento" da importância ao credor, mas só gera a conseqüência da eliminação da execução com a sentença que reconhece o fato. Portanto, a sentença representa mero ato formal de conclusão do procedimento.

Já a sentença do art. 794 possui natureza distinta. Nela está revelada figura análoga à disciplinada nos incisos II, III e V do art. 269 do CPC, que tratam da *homologação* de atos jurídicos processuais das partes. Transpondo estas hipóteses para a execução, conclui-se que as sentenças do art. 794 têm conteúdo homologatório, significando expressão dos atos arrolados no art. 269, II, III e V. Note-se a identidade: a primeira hipótese ("quando o devedor satisfaz a obrigação" – art. 794, I) identifica-se com o reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); o caso previsto no art. 794, II ("o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida") equipara-se à situação da transação (art. 269, III); e a terceira situação ("o credor renunciar ao crédito" – art. 794, III) corresponde a uma forma de renúncia genérica ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, V). Substancialmente, merece crítica o dispositivo, já que a remissão da dívida corresponde à renúncia do credor ao crédito. Portanto, há superposição parcial entre os incisos II e III do art. 794.[2] De todo modo, em todas as situações descritas no artigo, há sentenças homologatórias.

[2] José Carlos Barbosa Moreira, Notas sobre a extinção da execução. *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*, p. 181-184.

Diante desta absoluta equiparação, percebe-se que, a rigor, a previsão do art. 794 seria desnecessária. Isto porque, caso não houvesse esta norma específica, seria perfeitamente viável a utilização subsidiária das hipóteses genéricas do art. 269.

Em casos excepcionais, é ainda possível admitir uma terceira natureza para as sentenças prolatadas em execução, especialmente nas fundadas em títulos judiciais.

Acima foi ressaltada a inexistência, *como regra*, de sentenças de mérito na execução. Mas esta regra comporta exceções, que hoje se espraiam em duas ordens:

a) admite-se sentenças de mérito no julgamento da impugnação à execução, especialmente nos casos do inciso VI do art. 475-L e do seu § 1.º. Estes casos são ainda mais freqüentes quando o título executivo judicial é diverso da sentença condenatória (*v.g.*, arts. 32 e 33, § 3.º, da Lei de Arbitragem). Tais sentenças, por poderem importar em alteração na própria relação material, devem ser consideradas "sentenças de mérito".

b) também se pode cogitar da existência de sentenças de mérito nos casos em que o juiz é compelido a apreciar, a partir de exceção de pré-executividade, algum vício do título (por exemplo), capaz de tornar a obrigação inviável. Assim, por exemplo, quando o executado alega a prescrição (intercorrente) da dívida.[3] É evidente que, ao acolher tal argumento (que não se subsume na hipótese do art. 794, II), o juiz está apreciando questão de mérito relativa à obrigação – em situação semelhante à previsão do art. 269, IV –, razão pela qual a sentença há de ser considerada como sentença de mérito.

A sentença, ao tratar de aspectos do mérito, não pode ser encaixada nas formas previstas nos arts. 794 e 795. Ao analisar a relação jurídica material – vale dizer, o crédito –, a sentença será de mérito, devendo receber, por conseguinte, o tratamento correspondente.

6.3 Coisa julgada e execução

Com base nas conclusões firmadas no item anterior, torna-se possível enfrentar a tormentosa questão que indaga se a sentença que extingue a execução faz coisa julgada material. A sua abordagem recomenda a consideração de um exemplo. Imagine-se que, após a extinção da execução, o credor percebe que os cálculos que fundaram a execução foram elaborados de forma equivocada, já que a sentença condenatória lhe daria direito a receber um valor bem maior do que o executado. Poderia o credor requerer esta diferença? Igual problema se apresentaria na situação inversa. Se a execução é extinta com o pagamento e o devedor mais tarde verifica que parte do crédito era inexigível – porque extrapolava os limites da sentença condenatória –, poderá buscar reaver o valor indevidamente pago?

[3] Ver, adiante, item 6.4.

A análise destas indagações exige que se retome a natureza das sentenças prolatadas na execução. Tratando-se de sentença de mérito – possível nos casos de julgamento de impugnação ou no exame de objeção de pré-executividade –, é evidente que sobre ela incide a imutabilidade característica da coisa julgada. Por conta disto, tendo ou não o saldo (credor ou devedor) sido discutido na execução, a alegação deste tema fica obstada com a extinção da execução (art. 474 do CPC), de modo que a diferença se torna inexigível. A única alternativa seria – se cabível – o oferecimento de ação rescisória contra a sentença, objetivando reabrir a discussão e cobrar o indébito ou a diferença omitida.

Se a execução terminou por sentença homologatória, não há coisa julgada.[4] Sabe-se que apenas as sentenças de mérito podem sofrer da imutabilidade da coisa julgada. As sentenças homologatórias também são estáveis, mas não em razão da coisa julgada, e sim porque refletem solução autônoma e voluntária das partes (renúncia, reconhecimento ou transação), certificando que este ato (das partes) constitui "ato jurídico perfeito". O ato jurídico perfeito tem a mesma força da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CF), tornando indiscutível o resultado do processo. Contudo, esta indiscutibilidade não se dá em razão da *sentença judicial*, mas do ato das partes que, por ser perfeito, também constitui a "lei do caso concreto". Todavia, havendo vício do consentimento no ato das partes, admite-se *sua* anulação (art. 486 do CPC), o que demonstra aí não haver coisa julgada.[5]

Sendo assim, diante de sentença homologatória na execução, o eventual saldo só pode ser exigido futuramente se for demonstrada a existência de vício do consentimento no ato jurídico homologado (renúncia, transação ou pagamento). Caso contrário, a estabilidade do ato jurídico perfeito o protege de ulteriores questionamentos.

Enfim, se a sentença que pôs fim à execução era *meramente extintiva* (daquelas de que trata o art. 795), nela não há decisão sobre o direito do credor ou sobre a importância da dívida. Esta sentença se limita a reconhecer ultimadas as providências da execução, determinando sua extinção. Assim, não se tratando de sentença de mérito, a sentença não se reveste de coisa julgada.

Por isto, o possível saldo apurado pode ser exigido pelo credor, assim como o valor indevidamente pago pode ser repetido pelo devedor, desde que não haja causa impeditiva para tanto (*v.g.*, prescrição da pretensão, preclusão da matéria). O exercício desta pretensão há de ser feito *no mesmo processo em que se instaurou a execução*, até porque se trata de impugnar ato judicial ocorrido.

6.4 A suspensão da execução

Tal como ocorre no processo de conhecimento[6] (ou na fase de conhecimento), a execução pode ser paralisada em razão de alguns incidentes. Esta suspensão

[4] Ver o v. 2 deste *Curso de processo civil (Processo de conhecimento*, cit.), Parte III, item 5.4.

[5] Idem, Parte III, item 5.4.

[6] Idem, Parte II, Capítulo 8.

pode ser obrigatória ou facultativa, aplicando-se aqui, quase que integralmente, as regras referentes ao tema alocadas no art. 265 do CPC (art. 791, II, do CPC). A única variação encontrada na execução, em relação aos casos clássicos de suspensão do processo, diz respeito à paralisação do feito por acordo entre as partes (art. 265, II, do CPC). Como regra geral, a suspensão do processo por convenção das partes pode ocorrer por período máximo de seis meses (art. 265, § 3.º, CPC). Na execução, todavia, esta limitação não se opera, podendo as partes acordar o prazo de suspensão livremente (art. 792, CPC). A exceção justifica-se porque, comumente, a suspensão da execução é feita para permitir a satisfação extraprocessual da obrigação executada. É comum que, nestes casos, o acordo extrajudicial para cumprimento inclua moratória da prestação ou o parcelamento da dívida. Diante disto, seria inconveniente fixar-se prazo para a reativação do processo.

Porém, há casos de suspensão típicos da execução, que, por isto, vêm descritos em norma particular. O tema encontra-se regulado no art. 791 do CPC, especificamente em seus incisos I e III.

O inciso I[7] do art. 791 trata da suspensão da execução por conta do oferecimento de embargos à execução *aos quais se tenha atribuído efeito suspensivo*. Na execução de títulos judiciais, não há a figura dos embargos à execução, substituída pela impugnação à execução (art. 475-L do CPC). Apesar disto, são idênticos os regimes das duas figuras quanto à suspensividade da execução. Assim, havendo impugnação à execução de título judicial – ou embargos à execução, quando se tratar de título extrajudicial –, poderá o juiz atribuir-lhe a virtude de suspender o curso da execução, desde que presentes os requisitos legais para tanto. O efeito suspensivo dos embargos à execução e da impugnação à execução é *excepcional*, cabível apenas diante da relevância dos fundamentos aduzidos pelo devedor e quando o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.[8] A regra geral, portanto, é a ausência deste efeito, só se justificando a sua atribuição diante de exaustiva argumentação do interessado e adequada fundamentação judicial.

A outra hipótese específica de suspensão da execução é resultante da inexistência de bens passíveis de penhora (art. 791, III, do CPC). A execução de pecúnia se faz sobre o patrimônio do devedor (ou, eventualmente, de terceiro responsável). Não havendo bens que possam ser arrecadados, inviabiliza-se o prosseguimento da execução. Isto recomenda a sua paralisação, aguardando-se até que sejam localizados bens penhoráveis ou até que o devedor adquira patrimônio suscetível de penhora.

Neste último caso, a suspensão da execução não pode se dar por tempo indefinido. Na falta de localização de bens penhoráveis, os tribunais entendem que a suspensão da execução, por período superior ao prazo de prescrição da dívida, importa

[7] Alterado pela Lei 11.382/2006.

[8] Ver Parte V, 4, item 4.2.4.

na incidência da *prescrição intercorrente*. A figura já foi examinada anteriormente,[9] importando lembrar que não se trata, a rigor, de hipótese de prescrição. A prescrição intercorrente constitui hipótese de *extinção da exigibilidade judicial da prestação*, que ocorre pela paralisação injustificada – por culpa do credor – da execução. Por não ter previsão legal,[10] decorrendo de criação jurisprudencial, é difícil delinear seu perfil. O certo é que os tribunais reconhecem que se aplica, na avaliação da prescrição intercorrente, o mesmo prazo prescricional que regula a dedução da pretensão à tutela jurisdicional do direito material. Assim, se certo direito tem prazo prescricional de dois anos, não poderá a execução ficar paralisada por período maior que este, sob pena de ser a exigibilidade judicial do direito fulminada pela prescrição intercorrente.

A prescrição intercorrente também pode ser reconhecida de ofício, regendo-se, no mais, pelas regras atinentes à verdadeira prescrição.

Evita-se a ocorrência da prescrição intercorrente com o impulso processual antes de escoado o prazo de sua caracterização, ainda que deste impulso não resulte a localização de qualquer bem penhorável. Vale dizer que a prescrição intercorrente fica inibida se o exeqüente, dentro do período apropriado, requer o prosseguimento do feito, indicando providências a serem adotadas para a busca de bens (penhoráveis). Ainda que não se encontre bens, descaracteriza-se a paralisação por culpa do exeqüente, o que é suficiente para evitar a prescrição intercorrente.[11]

Em todos os casos de suspensão da execução, durante o período de paralisação do processo não se pode praticar validamente atos processuais (art. 793 do CPC). Excetuam-se as providências urgentes, necessárias à preservação do objeto da execução ou dos bens penhorados. Pode o juiz, em vista disto, mesmo durante a suspensão da execução, determinar a alienação antecipada de bens, a alteração da penhora (para aumentá-la, reduzi-la ou substituir o bem constrito), ou ainda ordenar a prática de atos de conservação sobre a coisa penhorada, por exemplo.

---

[9] Ver o Capítulo "Fase inicial da execução", item "Os efeitos do início da execução. A prescrição".

[10] Com raras exceções, como ocorre com o art. 40, § 4.º, da Lei 6.830/80.

[11] Indicando que não há prescrição intercorrente se a paralisação não decorre de inação do exeqüente, ver STJ, 1.ª T., REsp 646392/PR, rel. Min. Teori Zavascki, *DJU* 28.09.2006, p. 194; STJ, 2.ª T., REsp 821401/SP, rel. Min. Castro Meira, *DJU* 15.09.2006, p. 299; STJ, 2.ª T., REsp 469037/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 03.08.2006, p. 246; STJ, 2.ª T., REsp 796382/RO, rel. Min. Peçanha Martins, *DJU* 31.03.2006, p. 183.

PARTE VI

EXECUÇÃO DA DECISÃO PROVISÓRIA

1

A Necessidade de a Sentença Poder ser Executada na Pendência do Recurso de Apelação

Chiovenda dizia, em frase que se tornou célebre, que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão ("la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione").[1]

Entretanto, parece evidente e indiscutível que o processo, em regra, prejudica o autor que tem razão, beneficiando o réu que não a tem em igual medida. Ora, se é reivindicado um bem da vida que está na esfera jurídico-patrimonial do demandado, o tempo necessário para a definição do litígio em que o autor tem razão faz com que o réu mantenha indevidamente o bem no seu patrimônio, o que evidentemente o beneficia.[2] Como é óbvio, este benefício tem um custo, que nada mais é do que o prejuízo do autor.

Realmente, como adverte Nicolò Trocker, uma justiça realizada com atraso é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos – imobilizando bens e capitais –, favorece a especulação e a insolvência e acentua a discriminação entre os que podem esperar e aqueles que, esperando, tudo podem perder. Um processo que se desenrola por longo tempo – nas palavras de Trocker – torna-se um cômodo instrumento de ameaça e pressão, arma formidável nas mãos do mais forte para ditar ao adversário as condições de sua rendição.[3]

Mas se o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, tal prejuízo aumenta de tamanho na proporção das necessidades do autor, o que confirma o que já dizia Carnelutti há muito, isto é, que a duração do processo agrava progressivamente o peso sobre as costas da parte mais fraca.[4]

---

[1] Giuseppe Chiovenda, Sulla *perpetuatio iurisdictionis*, *Saggi di diritto processuale civile*, p. 264 e ss.

[2] Ver Italo Andolina, *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, cit., p. 28.

[3] Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, cit., p. 276-277.

[4] Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 357.

É preciso frisar que o problema do tempo do processo não diz respeito apenas à possibilidade de o autor sofrer "dano irreparável ou de difícil reparação", situação que abre ensejo à tutela cautelar ou à tutela antecipatória, conforme o caso. A questão do "tempo" é absolutamente inseparável da noção de processo,[5] ainda que não esteja em jogo qualquer receio de "dano irreparável ou de difícil reparação". É que todo processo, como é mais do que evidente, despende tempo. O problema é que o tempo do processo sempre foi visto como algo neutro e indiferente ao direito processual, e assim incapaz de ser posto como objeto de cogitação da doutrina.

Lembre-se que o Estado, ao proibir a autotutela privada e assumir o monopólio da jurisdição, obrigou-se a tutelar de forma adequada e efetiva todos os conflitos de interesses, sabendo que para tanto necessitaria de tempo para averiguar a existência do direito afirmado pelo autor.

A questão do tempo sofreu sensível impacto quando o Estado, em virtude de receios próprios da época do liberalismo do final do século XIX – embora totalmente justificáveis –, construiu um processo destinado precipuamente a garantir a segurança e a liberdade do réu diante da possibilidade de arbítrio do juiz, esquecendo-se da posição do autor.

O medo de um juiz parcial, ou o receio de que a "liberdade" do indivíduo pudesse ser ameaçada pelo juiz, cegaram os processualistas por um bom período de tempo para a obviedade de que o autor e o réu devem ser tratados de forma isonômica no processo.

Quando se pensa em termos reais, fica claro que o tempo do processo é um *ônus*, que, por isto mesmo, deve ser distribuído entre as partes em nome do princípio da isonomia.

Aliás, não é por outra razão que a leitura constitucional do direito de ação sempre fez ver o direito à duração razoável do processo, agora instituído (pela Emenda Constitucional 45/2005; art. 5.º, LXXVIII, CF) como direito fundamental.

Ou seja, não há mais como admitir que o tempo do processo seja tratado como um mal inevitável, ou como um entrave que naturalmente deve ser suportado por aquele que busca o Poder Judiciário.

Não há motivo para alguém se assustar ao constatar que o processo, retoricamente proclamado como um instrumento jurisdicional que não pode prejudicar o autor que tem razão, acaba sempre lhe trazendo prejuízo. Lamentavelmente, o processo tornou-se, com o passar do tempo, um lugar propício para o réu beneficiar-

[5] Como diz José Rogério Cruz e Tucci, "o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social" (Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo* 66/73). Ver também, do mesmo autor, *Tempo e processo*.

se economicamente às custas do autor, o que fez surgir os fenômenos do abuso do direito de defesa e do abuso do direito de recorrer.

Uma das formas preferidas pelo interessado em procrastinar os feitos é o recurso, já que este permite, após o término do procedimento em primeiro grau, que o réu mantenha o bem litigioso em sua esfera jurídica por mais um bom período de tempo. O recurso, neste sentido, é uma excelente desculpa para o réu sem razão beneficiar-se ainda mais do processo em detrimento do autor. Como ressaltou Cappelletti, em seu parecer iconoclástico sobre a reforma do processo civil italiano, cada vez que se tem um novo grau de jurisdição, não somente se faz um bom serviço à parte que não tem razão, como também se presta um mau serviço à parte que a tem. Ou seja, o excesso de garantias acaba voltando-se contra o sistema.[6]

Como está claro, diante da evidência de que o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, não há outra alternativa, quando se deseja colocar o processo à luz da isonomia, do que pensar em técnicas que permitam uma distribuição igualitária do tempo do processo entre os litigantes.

O que se quer dizer, em outros termos, é justamente que o processo que desconhece a tutela antecipatória e sujeita a sua sentença, no que tange à possibilidade de produção de efeitos concretos, incondicionadamente à confirmação de um segundo juízo, beneficia o réu.

Alguém poderia se preocupar com o fato de a sentença poder ser integralmente executada na pendência do recurso de apelação, isto é, antes de ser confirmada pelo tribunal, argumentando que não é possível confiar na sentença do juiz singular.

Contudo, o conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à adequada cognição da lide deve ser solucionado a partir da evidência do direito do autor.

Se o autor deseja obter o bem que postula o quanto antes, é certo que nem sempre o juiz pode vislumbrar a verossimilhança do direito no curso do processo para conceder a tutela antecipatória. Entretanto, quando é proferida a sentença e declarada a existência do direito, não há razão para o autor ser obrigado a suportar o tempo do recurso. Ora, a sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo. Assim, não há motivo para a sentença ser considerada apenas um "projeto" da decisão de segundo grau, nessa perspectiva a única e verdadeira decisão. A sentença, para que o processo seja efetivo e a função do juiz de primeiro grau valorizada, deve poder realizar os direitos e interferir na vida das pessoas.

Perceba-se, ademais, que o recurso, na hipótese de sentença de procedência, serve unicamente para o réu tentar demonstrar o desacerto da tarefa do juiz. Assim, por lógica, é o réu, e não o autor, aquele que deve suportar o tempo do recurso interposto contra a sentença de procedência. Se o recurso interessa apenas ao réu, não é

[6] Mauro Cappelletti, Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. *Dimensioni dell giustizia nella società contemporanee*, p. 279.

possível que o autor – que já teve seu direito declarado – continue sofrendo os males do tempo do processo.

Se a execução imediata da sentença fosse regra – mas, infelizmente, não é, no direito brasileiro –, seriam desestimulados os recursos meramente protelatórios, que não só atentam, diante dos diversos casos particulares, contra o direito fundamental à duração razoável do processo, como também prejudicam a própria administração da justiça, uma vez que um tribunal abarrotado de recursos com fins espúrios evidentemente impede os juízes de se desincumbirem de suas tarefas com maior qualidade e presteza.

Ademais, e isto encerra grande importância, a execução da sentença na pendência do recurso de apelação também valorizaria a figura do juiz singular, já que esse, ao proferir sentença que somente pode produzir efeitos depois de confirmada pelo tribunal, assume a feição de um mero "instrutor" do processo, distanciando-se da verdadeira função de juiz.

Uma alteração no Código de Processo Civil, transformando a execução imediata da sentença em regra, é imprescindível para a distribuição isonômica do ônus do tempo entre os litigantes. É claro que um sistema que admite a execução imediata da sentença como regra deve abrir oportunidade para o juiz, ou mesmo o tribunal, exigir caução, obstar ou suspender a execução imediata em vista de situações particulares ou especiais. O sistema processual, desta forma, estará oferecendo, na terminologia de Carlo Furno,[7] os "pesos" e "contrapesos" necessários para que os diferentes casos concretos possam ser adequadamente tutelados.

[7] "L'art. 337 mostra così quale è normalmente il *momento di maturità* del processo in ordine alla esecutorietà della sentenza, e come, in via eccezionale, questo momento possa essere *ex lege* anticipato o ritardato. Ad anticiparlo la legge provvede con l'istituto della *provvisoria esecuzione* (*rectius*: esecutorietà); a ritardarlo, con l'istituto della *sospensione*: istituti creati, rispettivamente, a tutela di interessi che sono l'uno l'opposto dell'altro; ma, proprio per questo, istituti gemelli, che non possono, nel sistema, immaginarsi disgiunti, l'uno costituendo il contrappeso e l'antidoto dell'altro" (Carlo Furno, *La sospensione del processo esecutivo*, p. 18).

2

A Realidade do Direito Brasileiro. O Ordenamento Brasileiro Permite a Execução da Sentença na Pendência do Recurso de Apelação Apenas em Hipóteses Excepcionais

O direito brasileiro admite que a sentença seja executada na pendência do recurso de apelação *apenas em hipóteses excepcionais*.

O art. 520 do CPC tem a seguinte redação: "A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I – homologar a divisão ou a demarcação; II – condenar à prestação de alimentos; [III – julgar a liquidação de sentença; (revogado pela Lei 11.232/2005)] IV – decidir o processo cautelar; V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela". Quando o art. 520 diz que a apelação será recebida somente no efeito devolutivo em algumas hipóteses, deixa claro que a sentença, nestes casos, produz efeitos na pendência do recurso.

O recurso de apelação também será recebido apenas no efeito devolutivo no caso de sentença de interdição. O art. 1.184 do CPC estabelece que "a sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação. Será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela".

A legislação processual extravagante igualmente prevê hipóteses em que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo. Não é o caso de se fazer referência a todas, mas somente aos casos principais. Assim, por exemplo, dispõe o parágrafo único do art. 12 da Lei do Mandado de Segurança – Lei 1.533/51 – que "a sentença que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente". Do mesmo modo, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo: I) na ação coletiva (art. 14 da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/85), podendo o juiz conferir efeito suspensivo ao recurso para evitar dano irreparável à parte; II) quando interposta, pelo expropriado, da sentença que fixar o preço na ação de desapropriação (art. 28 do Dec.-lei 3.365/41). Além disso, estabelece

o art. 58, V, da Lei 8.245/91, que (ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1.º desta lei), nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessórios da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, "os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo".

O recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo objetiva permitir a tutela do direito de forma mais tempestiva, contornando a demora que seria necessária para o julgamento da apelação. Perceba-se, por exemplo, que a sentença que decide o processo cautelar pode produzir efeitos desde logo, pois não teria sentido, em um processo caracterizado pelo *periculum in mora*, esperar o julgamento da apelação para que a postulação da parte pudesse ser realmente atendida. Entretanto, na prática forense é comum o julgamento simultâneo, em sentença *formalmente única*, do pedido cautelar e do pedido formulado na ação denominada de "ação principal" – que deve seguir a ação cautelar, conforme a exigência do art. 806 do CPC. Neste caso, existem, na realidade, duas sentenças (uma relativa ao pedido cautelar e outra pertinente ao pedido formulado na "ação de conhecimento"), motivo pelo qual a apelação deve ser recebida apenas *no efeito devolutivo*, no que diz respeito à sentença que decidiu o pedido cautelar, *e no duplo efeito* em relação à sentença que julgou o pedido formulado na ação principal (embora, no aspecto formal, pareça existir somente uma sentença).

Outro caso interessante diz respeito ao recebimento da apelação somente no efeito devolutivo quando a sentença rejeita liminarmente ou julga improcedentes os embargos à execução. Antes da Lei 11.382/2006, os embargos tinham necessariamente efeito suspensivo (§ 1.º do art. 739 do CPC, revogado pela Lei 11.382/2006) e a execução prosseguia sem qualquer restrição na pendência da apelação contra a sentença de improcedência dos embargos. Atualmente, os embargos não devem, em princípio, ser recebidos no efeito suspensivo (art. 739-A do CPC), mas este efeito, caso concedido, fará com que a execução, diante da apelação contra a sentença de improcedência, submeta-se ao regime da execução da sentença provisória, previsto no art. 475-O do Código de Processo Civil (art. 587 do CPC).

A sentença de improcedência dos embargos à execução, antes da Lei 11.382/2006, fazia desaparecer o efeito suspensivo provocado pelo recebimento dos embargos, liberando o prosseguimento da execução de título extrajudicial sem quaisquer restrições. Após a Lei 11.382/2006, a sentença de improcedência, embora também faça desaparecer o efeito suspensivo, automaticamente e por mera imposição legal (art. 587 do CPC) sujeita a execução ao regime do art. 475-O.

Mesmo depois da Lei 11.382/2006, o recurso de apelação continua a ser recebido apenas no efeito devolutivo, sem tocar no ponto da sentença que fez desaparecer o efeito suspensivo, transformando-o em sujeição às restrições do art. 475-O.

O título executivo extrajudicial não pode ser provisório, ao contrário da sentença. O título executivo extrajudicial, assim como a sentença transitada em julgado, são sempre definitivos. De modo que o efeito suspensivo dos embargos apenas limita a execução, impedindo-a até a prolação da sentença de improcedência. Há aí execução

definitiva (fundada em título definitivo) e incompleta (porque incapaz de permitir a realização plena do direito do exeqüente).

Antes da Lei 11.382/2006, a execução ficava liberada, sem qualquer restrição, durante a pendência do recurso contra a sentença de improcedência dos embargos. Hoje, diante da nova redação do art. 587, a execução, após a sentença de improcedência dos embargos recebidos com efeito suspensivo (art. 739-A, § 1.º, do CPC), pode prosseguir até a satisfação do direito do exeqüente, desde que prestada caução suficiente e idônea (art. 475-O, III, do CPC), que em alguns casos pode ser dispensada (art. 475-O, § 2.º, do CPC). Ou seja, a execução, na pendência da apelação contra a sentença de improcedência dos embargos recebidos com efeito suspensivo, agora é submetida ao regime da execução da sentença provisória (título provisório). Quer isto dizer que a execução, neste caso, continua definitiva, e apenas se sujeita ao regime do art. 475-O, isto é, ao regime da execução da sentença provisória (não transitada em julgado).

Tanto antes da Lei 11.382/2006 quanto agora, a execução prossegue, em tais casos, como definitiva, justamente pela razão de que está fundada em título definitivo. A única diferença é a de que a execução, antes da Lei 11.382/2006, não se submetia a qualquer restrição e agora observa o regime da execução da sentença provisória, deixando claro que um título definitivo também pode se submeter a um regime que, em princípio, é de um título provisório (da sentença provisória).

Por outro lado, demonstrando-se a probabilidade do direito e o perigo de dano, é possível executar a tutela no curso do procedimento de primeiro grau de jurisdição (tutela antecipatória). Portanto, a grande contradição do nosso sistema processual está *em se poder obter antecipação da tutela no curso do procedimento de 1.º grau e não se poder executar a sentença na pendência da apelação.*

Na verdade, um sistema que trabalha com a antecipação da tutela e não admite a execução imediata da sentença, ao menos nos casos em que a tutela antecipatória é aceita, é, no mínimo, contraditório. Quando ainda era debatido o anteprojeto da tutela antecipatória (por volta de 1993), alertamos para a necessidade da execução imediata da sentença: "Quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou quando não houver a necessidade de produção de provas, o julgamento antecipado do mérito poderia encontrar efetividade se fosse viável a 'execução provisória' da sentença fora dos casos previstos no art. 520. Ora, se é possível *execução provisória* nas hipóteses dos incisos do art. 273, com maior razão deveria ser possível a execução provisória da sentença fundada nos mesmos motivos expostos nos referidos incisos. Fica a sugestão".[1]

Esta sugestão não foi acolhida. Nem mesmo recentemente, em face da lei (Lei 10.352/2001) que alterou o art. 520 do CPC. Tal lei acrescentou ao art. 520 o inciso VII, que afirma que o recurso de apelação deverá ser recebido apenas no efeito devolutivo

[1] Luiz Guilherme Marinoni, Novidades sobre a tutela antecipatória. *RePro* 69/109.

quando a sentença *confirmar* a tutela antecipatória. Mas a questão não foi resolvida pelo novo inciso, já que o problema surgia quando a tutela antecipatória *era negada*. Ou melhor, o real problema (não resolvido pelo inciso VII) dizia respeito à situação em que juiz negava a verossimilhança do direito, *deixando de conceder a tutela antecipatória*, e depois declarava o direito na sentença, julgando procedente o pedido.

Para que a intenção que estava por detrás do inciso VII realmente pudesse ser atendida, este inciso deveria ter dito que a sentença pode ser executada na pendência da apelação quando estiver presente o fundado receio de dano (o outro pressuposto para a antecipação da tutela), *pouco importando se a tutela antecipatória foi ou não concedida, e, assim, se a sentença está ou não a confirmando.*[2]

Se o art. 520, por evidente equívoco, não diz que a apelação deve ser recebida só no efeito devolutivo quando, embora a tutela antecipatória não tenha sido concedida no curso do processo, a sentença declara o direito material em momento em que ainda está presente o fundado receio de dano, a única saída racional é admitir a tutela antecipatória ao final do processo – quando o juiz está pronto para proferir sentença –, por meio de decisão interlocutória, recorrível através de agravo de instrumento, que não deve ser recebido no efeito suspensivo, e, assim, não pode suspender os efeitos da decisão e da tutela.[3] Em outros termos e de maneira bastante esclarecedora: na mesma folha de papel e no mesmo instante, o juiz deve proferir a decisão interlocutória e a sentença, a primeira concedendo a antecipação da tutela e a segunda confirmando a tutela concedida. Neste caso, caberá agravo, sem efeito suspensivo, contra a decisão que concedeu a tutela, e recurso de apelação, também sem efeito suspensivo (inciso VII do art. 520), contra a sentença que a confirmou.

Ora, se o que se pretende é "execução imediata", não se pode pensar em antecipação da tutela na sentença – ao menos enquanto a sentença não puder produzir efeitos imediatamente, mas apenas depois do trânsito em julgado –, mas sim em tutela antecipatória deferida pela decisão interlocutória. Quem deseja tutela antecipatória necessita algo imediato e apenas a decisão interlocutória pode produzir efeitos imediatamente. Não a sentença, que tem seus efeitos obstaculizados até eventual decisão que receba o recurso de apelação somente no efeito devolutivo. Quem conhece a realidade da prática forense sabe muito bem que o tempo que intercorre entre a sentença e a decisão que recebe o recurso de apelação é suficiente para fazer ruir qualquer direito que se pretenda ver tutelado.

Aliás, é oportuno esclarecer que é equivocada a idéia de que o efeito *suspensivo* do recurso de apelação *suspende* os efeitos da sentença recorrida. Se a sentença so-

[2] Sobre o tema, ver este *Curso de processo civil* (*Processo de conhecimento*, v. 2, Parte II, item 9.4).

[3] Lembre-se que há enorme contradição entre admitir a concretude (execução) da tutela com base em *verossimilhança* (tutela antecipatória) e não admiti-la quando o direito é *declarado* na sentença (execução provisória da sentença).

mente pode produzir efeitos após o trânsito em julgado, é óbvio que nada há para ser suspenso pelo recurso, uma vez que nada, nem mesmo um recurso, pode suspender algo que ainda não existe. A decisão que recebe o recurso apenas no efeito devolutivo, além de nada suspender, permite que a sentença passe a produzir os efeitos que, em regra, somente podem ser produzidos pela sentença transitada em julgado. De modo que seria mais adequado e próprio dizer que o recurso é aí recebido em um efeito "antecipativo".

Por fim, é interessante lembrar da redação do art. 558 do CPC: "O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520".

Ou seja, o art. 558 também se aplica aos casos em que o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo. Neste caso o recorrente pode pedir ao juiz – invocando a relevância dos fundamentos do recurso e fundado receio de sofrer lesão grave e de difícil reparação – que receba a apelação no efeito suspensivo.

Após o recebimento do recurso no efeito unicamente devolutivo, resta ao recorrente buscar o efeito suspensivo no tribunal. Se o recurso ainda não chegou ao tribunal, a única saída é pedir o efeito suspensivo ao presidente do tribunal ao qual o recurso deve ser encaminhado. Em situação análoga, quando se pensa em outorgar efeito suspensivo ao recurso especial que, embora admitido, ainda não chegou ao Superior Tribunal de Justiça, admite-se o uso de ação cautelar.[4]

Na hipótese de o recurso de apelação ser recebido apenas no efeito devolutivo, inicia-se a fase executiva, quando poderão ser praticados atos executivos geradores de gravames ao recorrente. Imagine-se, por exemplo, que o juiz tenha admitido, a partir de requerimento fundado no art. 461 do CPC, a aplicação de modalidade executiva que não configure a "menor restrição possível" ao réu-recorrente.

Tal situação desafia agravo de instrumento ao tribunal, ainda que tenha sido pedida e não admitida – pelo juiz singular ou pelo próprio tribunal – a atribuição de efeito suspensivo à apelação. Isto porque, em tal situação, não mais se almeja obstaculizar a imediata execução, mas sim impedir que ela se desenvolva de modo ilegal ou arbitrário. Ou seja, o interesse não é mais de evitar a execução, porém de corrigi-la, adequando-a aos ditames legais e constitucionais.

[4] Ver este *Curso de processo civil* (*Processo de conhecimento*, cit., v. 2, Parte III, item 2.12.7).

3

A Execução na Pendência dos Recursos Extraordinário e Especial

O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença (art. 497 do CPC). Estes recursos devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo (art. 542, § 2.º, do CPC).

De modo que a decisão pode ser executada na pendência destes recursos, submetendo-se ao regime do art. 475-O. Tais recursos impedem o trânsito em julgado e a formação da coisa julgada material. Ainda que a cognição, nestes recursos, não tenha a extensão da cognição da apelação, abarcando somente situações específicas e restritas – como a afirmação de violação de lei federal –, neles ainda há discussão do mérito. A execução da decisão, assim, se faz com base em cognição exauriente, mas não definitiva.

Não admitido o recurso especial ou o recurso extraordinário no tribunal de origem, abre-se oportunidade para a interposição de agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal, conforme o caso. A interposição do agravo de instrumento, que igualmente não tem efeito suspensivo nem, muito menos, pode suspender os efeitos da decisão atacada através do recurso especial ou do recurso extraordinário, também não impede a imediata execução, que deve se submeter ao regime do art. 475-O.[1]

[1] Ver este *Curso de processo civil* (*Processo de conhecimento*, cit., v. 2, Parte III, item 2.10).

4

Espécies de Sentenças Executáveis na Pendência do Recurso Não Recebido com Efeito Suspensivo

Sabe-se que determinadas tutelas jurisdicionais, para serem prestadas, necessitam de atividade ulterior à sentença. É o que acontece com as tutelas que dependem de fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia.

O art. 475-N elenca, como primeira espécie de título executivo judicial, "a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia".

Na verdade, tal sentença é título executivo porque, ao "reconhecer a existência da obrigação", presta tutela que depende de atividade executiva voltada à realização do fazer, do não fazer, da entrega de coisa ou do pagamento de quantia.

Tanto a sentença que reconhece obrigação de pagar quantia (art. 475-J do CPC) quanto as sentenças que reconhecem obrigação de não fazer, fazer (art. 461 do CPC) e entregar coisa (art. 461-A do CPC) podem ser executadas na pendência de recurso não recebido no efeito suspensivo.

Quando o recurso não é recebido no efeito suspensivo, torna-se possível a execução da sentença (ou da decisão) provisória nos moldes do regime instituído no art. 475-O, pouco importando se a atividade executiva a ser praticada é dirigida – por exemplo – a I) constranger o demandado a não fazer ou a fazer, a II) desfazer uma obra, a III) desapossar o executado da coisa ou apenas a IV) levantar dinheiro ou a V) alienar o bem penhorado.

Mas ainda falta tratar da sentença que reconhece obrigação de prestar declaração de vontade. A suposição de que a sentença que presta declaração de vontade não pode ser executada na pendência do recurso é ancorada na idéia de que tal sentença tem natureza constitutiva e, assim, não pode produzir efeitos antes do seu trânsito em julgado (art. 466-A do CPC).

Trata-se – como já demonstrado[1] – de equívoco, pois a sentença que presta declaração de vontade não é constitutiva, porém, sim, executiva. A sentença que

[1] Ver, na Parte III, *supra*, o capítulo 4, "O equívoco de subordinar os efeitos da sentença ao seu trânsito em julgado".

reconhece obrigação de prestar declaração de vontade, ao invés de necessitar de atos de execução ulteriores, como as que, por exemplo, reconhecem obrigação de fazer e obrigação de entregar coisa, contém execução em si mesma, realizando, no momento da sua prolação, os efeitos da prestação inadimplida.

Ou seja, esta sentença realiza uma prestação inadimplida, estando muito longe de servir para a constituição de uma situação jurídica, para o que é realmente imprescindível o trânsito em julgado e a coisa julgada material. Tal sentença tem aptidão para realizar a prestação inadimplida na pendência do recurso, da mesma forma que outras sentenças que dependem de prestações (de pagar quantia, de fazer etc.) podem ser executadas na pendência do recurso recebido sem efeito suspensivo.

Portanto, nos casos de recurso especial ou recurso extraordinário – que apenas podem ser recebidos no efeito devolutivo –, a sentença pode produzir efeitos concretos e úteis de forma imediata, realizando a prestação de declaração de vontade independentemente do trânsito em julgado.

5

A Nova Sentença Condenatória (Art. 475-J do CPC). A Execução da Decisão Provisória sob Pena de Multa de Dez por Cento

O art. 475-J do CPC, como já observado, afirma que, "caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, *o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento* (...)".

Se a sentença, no caso em que o recurso não é recebido com efeito suspensivo, produz efeitos imediatos, o prazo de quinze dias para o devedor cumpri-la corre a partir do momento em que o advogado é dela intimado, o que ocorre com a sua publicação no *Diário de Justiça*.

Caso o réu deposite, no prazo legal, o valor da condenação, evidentemente não incidirá a multa.[1] Tal depósito não obstaculizará o processamento do recurso, uma vez que, como é óbvio, não significa ato incompatível com o desejo de ver o recurso julgado ou qualquer aceitação da decisão através dele impugnada.

Porém, para levantar este depósito, o autor deverá prestar caução suficiente e idônea – a ser arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos mesmos autos (art. 475-O, III, do CPC) –, sujeitando-se, ainda, em caso de reforma da decisão, a restituir a quantia e a reparar eventuais prejuízos sofridos pelo devedor (art. 475-O, I e II, do CPC).

Não realizado o pagamento no prazo, aplica-se o art 475-J do CPC, devendo o "montante da condenação ser acrescido de multa no percentual de dez por cento". Não há sentido em não admitir a incidência da multa na pendência do recurso, quando se está ciente de que o seu objetivo é dar efetividade à condenação e de que já passou a época em que se cometia o equívoco de subordinar o efeito sentencial à coisa julgada material.

Assim, exatamente porque a execução está autorizada, o autor poderá requerer a execução da condenação provisória acrescida do valor da multa, solicitando, nos

[1] Nesse sentido, ver STJ, MC 12743/SP, decisão monocrática da Min. Nancy Andrighi, *DJU* 03.05.2007.

termos da parte final do art. 475-J do CPC, a penhora e a avaliação de bens do devedor. O art. 475-O, III, do CPC autoriza o exeqüente a alienar a propriedade destes bens, prestando caução suficiente e idônea.

Reformada a decisão provisória, o exeqüente deverá restituir a quantia levantada e pagar eventuais prejuízos sofridos pelo executado, em conformidade com o art. 475-O, I e II, do CPC. A restituição deve abarcar o valor da condenação, acrescido da multa de dez por cento.

Seria possível argumentar que a reforma da decisão apenas declarou o descabimento da condenação, sem tocar na multa, devida em razão da insubordinação do executado e não da sentença condenatória. Embora esse argumento, à primeira vista, possa ter alguma validade, é inquestionável que o valor da multa se tornou passível de execução a partir da provisoriedade da condenação. Ou seja, o provimento do recurso, mais do que simplesmente reformar a condenação, nega o título provisório que sustentou a execução da condenação e da multa, exigindo que ambas sejam restituídas.

6

Espécies de Provimentos Passíveis de Execução na Pendência do Recurso Não Recebido com Efeito Suspensivo

O art. 475-O do CPC, ao tratar da "execução provisória", fala em "sentença". A sentença é executável na pendência da apelação. Por este motivo, quando se cogita sobre a execução na pendência da apelação, basta pensar na sentença.

Não obstante, não é apenas a sentença que pode ser executada no curso do processo ou na pendência do recurso não recebido no efeito suspensivo.

É executada, no curso do procedimento de primeiro grau, qualquer decisão que conceda tutela jurisdicional que necessite de atividade ulterior, como a decisão que defere antecipação da tutela ou determina o pagamento de alimentos provisionais. Trata-se de execução de decisões dotadas de cognição sumária, o que evidencia, de forma ainda mais nítida, que a executividade não pressupõe a declaração da existência do direito, mas apenas a intenção da sua realização prática.

Além disto, também podem ser executados os acórdãos – expressão do julgamento dos órgãos colegiados de segundo grau – e, por identidade de razões, as decisões monocráticas do relator, que substituem os acórdãos dos órgãos colegiados nas hipóteses do art. 557 do CPC.

A utilização da expressão "sentença", no art. 475-O do CPC, não objetiva definir o provimento executável na pendência do recurso, devendo ser vista como a lembrança do provimento que pode ser executado na pendência da apelação, mas sem excluir os demais provimentos que podem ser executados na pendência do recurso, como os acórdãos.

A expressão "sentença", assim, quer significar decisão, ou melhor, qualquer decisão passível de execução na pendência do recurso.

7

Executividade Imediata e Cognição

Parcela da doutrina italiana pensava que a "execução provisória", quando admitida por razões de urgência, assumia natureza cautelar.[1] Contudo, é evidente que a execução imediata da sentença, ainda que fosse admitida no direito brasileiro com base em fundado receio de dano, jamais teria natureza cautelar, já que a execução da sentença na pendência do recurso de apelação objetiva *realizar* o direito e não *acautelá-lo*. Nesse particular, vale a pena lembrar a lição de Adolfo Perez Gordo, no sentido de que a natureza da execução chamada de "provisória" é aquela da execução fundada em título executivo judicial já transitado em julgado, ou seja, é sempre satisfativa para o exeqüente dentro dos limites da própria execução, ao passo que a natureza da medida cautelar é simplesmente de segurança ou garantia, não podendo penetrar na própria esfera jurídica da parte, com institutos como o da expropriação forçada.[2]

Porém, a questão que realmente interessa neste momento é a de que parcela da doutrina italiana entendeu que a execução chamada de "provisória" seria fundada em cognição sumária,[3] *já que a cognição definitiva somente surgiria com a decisão do tribunal.*

Chiovenda, ao justificar o nome da categoria (*declaração* com predominante função executiva) que escolheu para inserir a "execução provisória", assim escreveu: "Objetou-se que o nome é impróprio, porquanto *uma declaração que não produza certeza jurídica não é declaração.* E, de outra parte, a palavra *declaração* é aqui tomada no sentido (registrado pelos léxicos) de operação destinada a uma verificação qualquer que se queira, mesmo que não producente de certeza jurídica".[4]

Criticou-se a idéia de a sentença ter aptidão de "declarar", a partir da premissa de que a decisão do juiz singular não é capaz de produzir "certeza jurídica". E Chiovenda, aderindo à premissa dos seus críticos, admitiu que a declaração da sentença tem o sentido "de operação destinada a uma verificação qualquer que se queira, *mesmo que não producente de certeza jurídica*".

[1] Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale*, v. 3, p. 221.
[2] Adolfo Perez Gordo, *La ejecución provisional en el proceso civil*, p. 42.
[3] Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 237.
[4] Idem, ibidem.

Como está claro, a doutrina, neste momento preocupada com a certeza jurídica, reconheceu que a sentença objeto da execução "provisória" não a produzia, parecendo imaginar, romanticamente, que o tribunal pudesse encontrá-la, ou que apenas a sentença do juiz de primeiro grau não fosse capaz de gerá-la.

Não obstante, a cognição da sentença ou a "execução provisória" não é limitada no sentido vertical, e assim não pode ser considerada sumária. A sentença, ainda que impugnada mediante recurso, não pode ser confundida com as tutelas fundadas em probabilidade, como a tutela antecipatória concedida antes de se deferir às partes a produção de todas as provas que são necessárias para o juiz formar juízo de cognição hábil à definição do litígio ou à prolação da sentença.

Na verdade, por detrás da idéia de que a execução da sentença, na pendência do recurso de apelação, é feita com base em cognição sumária, esconde-se o preconceito de que o juízo do tribunal é mais perfeito do que o juízo do magistrado de primeiro grau, ou ainda a idéia – não revelada – de que não se pode confiar no juiz singular.

A cognição da sentença que abre oportunidade para a "execução provisória" não difere da cognição da sentença que – como se costuma dizer – é executada "definitivamente". O duplo grau apenas permite um *novo* juízo sobre o *mesmo* objeto litigioso, certamente que baseado em *igual* grau de cognição, e não, como se poderia equivocadamente pensar, em uma cognição mais aprofundada em relação aos fatos.

A cognição que funda a execução da sentença na pendência da apelação não é *sumária* nem *definitiva*, porém *exauriente*. Como demonstra Domenico Borghesi, a execução provisória da sentença representa um caso em que a executividade se funda em uma cognição não definitiva, *mas não sumária*, já que a cognição, embora não sendo definitiva, no sentido de que a sentença pode ser alterada no outro grau de jurisdição, *é exauriente*.[5]

Borghesi percebe que a cognição da "execução provisória", por ser não definitiva, mas exauriente, é nitidamente diversa da cognição da tutela antecipatória fundada em *fumus boni iuris*.

É certo que a tutela antecipatória pode decorrer de um juízo apto a definir o litígio, ainda que em parte. Ou melhor, a tutela antecipatória final (concedida quando o juiz já está em condições de proferir a sentença) e a tutela antecipatória do art. 273, § 6.º, são baseadas em cognição exauriente e não em cognição sumária. Tais tutelas não podem ser deferidas quando há outras provas pertinentes e relevantes e, assim, hábeis a elucidar os fatos.[6]

A tutela antecipatória do art. 273, § 6.º só cabe quando parcela da demanda se torna "incontroversa" no curso do processo. Há quem pense que tal tutela, por

[5] Domenico Borghesi, L'anticipazione dell'esecuzione forzata nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 197.
[6] Ver este *Curso de processo civil* (*Processo de conhecimento*, cit., v. 2, Parte II, itens 9.4.4, 9.5.3 e 9.5.4).

estar sujeita a revogação na sentença, funda-se em cognição sumária. Quem assim raciocina estabelece uma ligação entre revogabilidade e cognição sumária. Mas aí há uma clara repetição do equívoco daqueles que afirmavam que a execução provisória da sentença se fundava em cognição sumária.

8

Execução Provisória ou Execução Fundada em Decisão Provisória?

O Código de Processo Civil brasileiro, referindo-se à execução que pode ser feita na pendência do recurso, fala em "execução *provisória* da sentença".[1] A mesma expressão – *esecuzione provvisoria* – estava presente na legislação processual italiana de 1865, que antecedeu o atual Código de Processo Civil italiano. O Código de Processo Civil italiano, aliás, ainda que tenha sofrido alteração por volta do início da década passada, que, inclusive, atingiu a norma (art. 282) que trata da execução da sentença na pendência da apelação, continuou utilizando a expressão *esecuzione provvisoria*.

Contudo, esta expressão é equivocada. A execução dita provisória não é diferente da execução de sentença já transitada em julgado. Ainda que a execução possa ser limitada e, portanto, *incompleta* (ver o próximo Capítulo), os atos executivos praticados em virtude de sentença que ainda não foi confirmada pelo tribunal não podem ser chamados de provisórios. Note-se, por exemplo, que a penhora não pode ser chamada de provisória, já que nada virá substituí-la. No caso da "execução provisória" do despejo tudo fica mais claro: mesmo que, no caso de reforma da sentença, coubesse o retorno do locatário ao imóvel, e não apenas a sua indenização (conforme determina o art. 64, § 2.º, da Lei 8.245/91), a execução não poderia ser considerada provisória. Os atos executivos alteram a realidade física e, portanto, não podem ser classificados em provisórios e definitivos.

Carnelutti, nas suas *Instituições*, falava em "execução imediata".[2] Essa expressão não é perfeita para diferenciar a execução fundada em sentença transitada em julgado da execução fundada em sentença que ainda deve ser apreciada pelo tribunal, uma vez que a sentença, quando não recorrida, obviamente deve ser executada imediatamente. Porém, é inegavelmente mais adequada do que a expressão "execução provisória".

Federico Carpi – autor de uma das mais importantes monografias sobre o tema na Itália – prefere a expressão "executividade provisória".[3] Pensamos, contudo,

---

[1] Art. 475-O, introduzido pela Lei 11.232/2005, similar ao antigo art. 588, atualmente revogado.

[2] Francesco Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, v. 2, p. 93 e ss.

[3] Federico Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, p. 7.

que nem mesmo os efeitos da decisão podem ser ditos provisórios. Provisório é o ato jurisdicional (ou a decisão em senso lato) em que se funda a execução chamada de provisória. A decisão que recebe a apelação apenas no efeito devolutivo (e, portanto, não no efeito suspensivo) abre oportunidade para a sentença produzir imediatamente seus efeitos. Tais efeitos, à semelhança do que ocorre com a execução, não são diferentes dos efeitos de uma sentença transitada em julgado. Neste ponto, a distinção não está nos efeitos, mas sim na qualidade que os cobre, já que apenas a sentença transitada em julgado produz efeitos qualificados pela autoridade da coisa julgada material.

A "sentença provisória" (contra a qual foi interposto recurso recebido apenas no efeito devolutivo) produz efeito imediato, mas o efeito e o ato executivo não dependem de outra decisão; tanto é que, no caso de reforma da sentença, o exeqüente fica obrigado a restituir as coisas no estado anterior e/ou reparar os danos que o executado haja sofrido (art. 475-O, I e II, do CPC). É a sentença que fica na dependência da decisão de segundo grau. É ela, portanto, que é provisória. O correto, assim, é falar em *sentença provisória com efeitos imediatos*.

Seria possível pensar em execução imediata, na linha carneluttiana, desde que presente o alerta de que a execução imediata é da sentença provisória e não da sentença transitada em julgado. Porém, o melhor é falar em *execução da sentença (da decisão) provisória*, já que toda execução de sentença recorrida é execução imediata, dotada dos mesmos atributos da execução da sentença transitada em julgado, variando apenas o seu grau de estabilidade. Ou melhor, quando se alude à execução da *decisão provisória*, admite-se implicitamente na expressão designativa do fenômeno que há uma execução fundada em um ato ou título que ainda deve ser confirmado, sem se cair no erro de invocar a falsa idéia de que os *atos executivos ou os efeitos da sentença são provisórios*.

9

Execução Completa e Execução Incompleta

Sempre houve grande confusão entre "execução provisória" – compreendida como execução fundada em sentença que ainda deve ser confirmada pelo tribunal – e "execução *incompleta*".

Talvez fosse intenção da doutrina e do legislador antigos que a execução realizada na pendência do recurso fosse *incompleta* ou *limitada*, evitando-se, com isto, risco de dano ao demandado.

Na época do Código de Processo Civil revogado (de 1939), a jurisprudência dominante sustentava que o recurso extraordinário não impedia o trânsito em julgado da sentença e, a partir dessa premissa, concluía que a execução realizada na pendência deste recurso era *definitiva*.[1] Para tal jurisprudência, somente poderia ser definida como provisória a execução da sentença feita sob a pendência de recurso ordinário não recebido no efeito suspensivo.

Amílcar de Castro, ao comentar o antigo art. 587[2] do CPC (alterado pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006[3]), assim escreveu: "O art. 587 fala em sentença impugnada mediante recurso recebido só no efeito devolutivo, e tal recurso tanto pode ser apelação, como recurso extraordinário, que sempre é recebido só com efeito devolutivo (art. 497) (...) Isso é, sem dúvida, um retrocesso. Não era sem razão que a jurisprudência vinha tratando como definitiva a execução na pendência de recurso extraordinário. Não há que se confundir pendência de recurso extraordinário com pendência de apelação para tratá-las do mesmo modo. O recurso extraordinário não se destina a provocar novo conhecimento do mérito do julgado, em terceiro grau de jurisdição; nada importa seja qualificado de extraordinário, pois o que se deve ter em principal consideração é a sua finalidade restrita ao disposto no art. 119, III, da

---

[1] Ver Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 59.

[2] Eis a redação do art. 587, tal como antes da Lei 11.382/2006: "A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo".

[3] Art. 587: "É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)" (redação dada pela Lei 11.382/2006).

CF [ver art. 102, III, da CF de 1988]. Na pendência de apelação, prudentemente deve tratar-se a execução como *provisória* (*incompleta*) porque a apelação devolve à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas (art. 515 do CPC); ao passo que, em recurso extraordinário, não podem os julgadores rever a prova dos autos, para reexaminar e rejulgar o mérito do julgado, tendo sua atividade limitada à exata interpretação do direito objetivo. E essa diferença bastava para que a jurisprudência mandasse tratar a *execução como definitiva*, isto é, *completa, ou quase completa*. O que o Código chama de *execução provisória é execução semiplena, ou incompleta*, pois, na pendência de recurso, seja este qual for, a execução é sempre provisória, no sentido de revogável ou desmanchável".[4]

É óbvio que o recurso extraordinário impedia o trânsito em julgado da sentença e a formação da coisa julgada material, de modo que a execução na pendência de recurso extraordinário jamais poderia ter sido pensada como definitiva, mas apenas como completa.

Mas Amílcar de Castro estava preocupado exatamente em ver a execução, realizada na pendência do recurso extraordinário, admitida como completa. E como estava preso ao preconceito de que a execução completa tinha que ser definitiva, foi obrigado a aderir à jurisprudência que entendia que o recurso extraordinário não impedia o trânsito em julgado da sentença.

Há grande confusão em tudo isto. Tal confusão foi gerada pela circunstância de a doutrina não ter percebido que não há relação necessária entre "execução completa" e "execução fundada em sentença definitiva". Na verdade, a doutrina jamais diferenciou "execução provisória" de "execução incompleta". Se é verdadeiro que antigamente e, na maioria das vezes, a "execução provisória" era uma "execução incompleta", é evidentemente falso que "execução provisória" seja sinônimo de "execução incompleta".

Perceba-se que, se provisório é o título (a sentença), *pode existir execução completa e execução incompleta fundadas em título provisório.* O título é provisório enquanto a cognição não é definitiva, razão pela qual é correto falar de execução completa ou incompleta fundada em título provisório, ou de execução completa ou incompleta fundada em cognição exauriente, mas não definitiva.

Lembre-se, aliás, que a chamada "execução provisória" do despejo é exatamente uma execução completa fundada em cognição exauriente – não-definitiva. Frise-se que esta "execução provisória" restitui o imóvel ao locador, garantindo ao locatário – expulso do imóvel – apenas indenização por perdas e danos em caso de reforma da sentença (art. 64, § 2.º, da Lei 8.245/91). Como é pouco mais do que evidente, tal sentença é executada de forma *completa*, embora com base em cognição não definitiva – porque sujeita ao juízo do tribunal.

[4] Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 62.

É um grande equívoco imaginar que a execução não pode atingir seu fim apenas porque é fundada em sentença provisória. A provisoriedade da sentença se liga à sua *imutabilidade* e *não à sua eficácia*.[5] Uma sentença pode ser provisória ou mutável e levar à realização do direito do autor. Tudo é uma questão de política legislativa.

[5] Enrico Tullio Liebman, Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 1 e ss.

10

As Recentes Alterações do Processo Civil e a Execução Completa da Decisão Provisória. Art. 475-O, III e § 2.º, do CPC

A grande novidade do sistema da execução da sentença provisória, nas últimas e recentes reformas do Código de Processo Civil, decorre da percepção da desvinculação entre sentença provisória e execução incompleta e sentença transitada em julgado e execução completa.[1]

As alterações realizadas no art. 588, II, do CPC (revogado pela Lei 11.232/2005) e agora no art. 475-O, III, do CPC (introduzido pela Lei 11.232/2005) passaram a admitir, na execução fundada em sentença provisória, "o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade", evidenciando, com isto, que a execução da sentença provisória pode ser completa, ainda que com algumas restrições.

Tais normas, ao lado de objetivarem permitir a efetiva satisfação do direito, prevêem a necessidade da prestação de caução – "suficiente e idônea" – pelo exeqüente que pratica não apenas os atos mencionados, como também aqueles "dos quais possa resultar grave dano ao executado".

Na verdade, a prestação de caução é necessária em todas as hipóteses em que ocorrer alteração no patrimônio do executado, tenha a sentença provisória reconhecido obrigação de pagar quantia certa ou mesmo obrigação de não fazer ou de fazer (art. 461 do CPC) ou de entregar coisa (art. 461-A do CPC). Mas a prestação da caução somente deve ser exigida antes da prática do ato que possa acarretar modificação do patrimônio do executado e não simplesmente em razão do início da execução da decisão provisória.

Sustentando-se na tese que desvincula provisoriedade da sentença de incompletude da execução, o art. 475-O, § 2.º, do CPC afirma que a caução poderá ser dispensada: I) nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 vezes o valor do salário mínimo, quando o exeqüente demonstrar

[1] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p. 258 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*.

situação de necessidade; II) nos casos em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Quer dizer que o legislador admitiu a completude da execução da sentença provisória, sem a necessidade de prestação de qualquer garantia, quando o exeqüente pede crédito alimentar e nas hipóteses em que o recurso especial ou o recurso extraordinário não foram admitidos no tribunal de origem e pende agravo de instrumento no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça.

Afirma-se que a caução pode ser dispensada, "nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito", "quando o exeqüente demonstrar situação de necessidade". Não obstante se possa dizer que da natureza deste crédito decorre a "necessidade", são instituídos dois requisitos cumulativos para a dispensa da caução, exigindo-se que o crédito tenha natureza alimentar ou decorra de ato ilícito e, ainda, que o exeqüente demonstre situação de necessidade. Deseja-se evidenciar que o crédito pode ter natureza alimentar ou ser decorrente de ato ilícito sem que o seu titular esteja em estado de necessidade.

Ademais, diz o § 2.º do art. 475-O do CPC que a caução pode ser dispensada quando o crédito não for superior a "60 vezes o valor do salário mínimo". Entretanto, se a *necessidade* importar *soma superior* a 60 salários mínimos, *e isto restar devidamente demonstrado*, não há como obrigar o exeqüente a prestar caução para ter o seu direito realizado. Ora, a dispensa da caução não pode se desligar da *necessidade* do exeqüente, que pode ser de 45 ou de 75 salários mínimos (no caso em que, por exemplo, seja necessária uma operação cirúrgica).[2]

Aliás, a "necessidade" de obtenção da soma, que o legislador desvincula da natureza do crédito como requisito para a dispensa da caução, aponta para a circunstância de que o crédito alimentar, quando de determinado valor, pode não ser capaz de suprir a necessidade do exeqüente.

Por outro lado, a dispensa da caução, na hipótese do art. 475-O, § 2.º, II, baseia-se na suposição de que os recursos especial e extraordinário, que devem se fundar em hipóteses excepcionais, têm pouca chance de sucesso após a decisão que, ao não admiti-los no tribunal de origem, obrigou à interposição de agravo de instrumento no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, conforme o caso. Como tal "chance de sucesso" obviamente depende das particularidades do caso concreto e outras especificidades, também ligadas à situação concreta, podem revelar receio de dano grave, a parte final do inciso II do § 2.º do art. 475-O, do CPC, dá ao juiz o poder de negar a dispensa da caução, quando desta puder "manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação".

[2] Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p. 299.

O art. 475-O, III, do CPC, ao admitir "o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade" na pendência do recurso, reafirma a teoria de que a *execução* não tem a ver com a *definitividade* da cognição, demonstrando que o contrário de execução fundada em "sentença provisória" é execução fundada em "sentença definitiva", e o contrário de "execução incompleta" é "execução completa".

Na realidade, o art. 475-O, III, do CPC, ao admitir "execução completa" baseada em "decisão provisória", abre oportunidade para a vulgarização da tese do "título executivo provisório", ou melhor, da idéia de que o título executivo não é decorrência da cognição definitiva ou da declaração da "existência" do direito, mas apenas do desejo de permitir que o direito tenha realização prática, pouco importando a cognição que lhe é inerente.

11

A Responsabilidade do Exeqüente da Decisão Provisória. Art. 475-O, I, do CPC

Afirma o art. 475-O, I, do CPC que a execução da sentença provisória "*corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente*, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido".

A responsabilidade do exeqüente deriva da circunstância de a execução ter alterado o patrimônio do executado com base em decisão que, posteriormente, foi reformada diante da interposição do recurso. A responsabilidade é independente de culpa ou do ânimo subjetivo do exeqüente, mas decorrente apenas da reforma da decisão em que a execução se fundou.

Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva pela prática de ato lícito, uma vez que a execução da decisão provisória não é apenas expressamente autorizada por lei, como também encontra respaldo no direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF).

Entende-se que a execução fundada em decisão que declara um direito mais tarde afirmado inexistente não pode prejudicar a parte que, ao final, é anunciada com razão. O exeqüente teve provisoriamente razão – enquanto a decisão não foi reformada –, e, embora tenha o direito de executá-la (a decisão provisória) na pendência do recurso, fica obrigado "a reparar os danos que o executado haja sofrido".

12

A Restituição ao Estado Anterior e o Dever de Reparar o Dano. Art. 475-O, II, do CPC

De acordo com o art. 475-O, II, do CPC, a execução fundada em decisão provisória "fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes *ao estado anterior* e *liquidados eventuais prejuízos* nos mesmos autos, por arbitramento".

A execução da decisão provisória constitui ato jurídico lícito que dá causa, quando o direito em que se fundou é declarado inexistente, à restituição ao estado anterior e/ou à indenização.

É possível a restituição no estado anterior quando é viável a volta ao estado material que era anterior à execução. Quando é possível a restituição no estado anterior e ainda assim ocorreram danos, além da restituição, é devida indenização. Nos casos em que a restituição é impossível, o executado deve ser indenizado em razão desta situação e dos eventuais danos que lhe foram provocados.

Assim, por exemplo: no caso de levantamento de dinheiro, o exeqüente deverá restituir a quantia acrescida de correção monetária. Obtendo-se a coisa, essa deverá ser restituída. Obrigando-se a não fazer, libera-se imediatamente o executado. Nestes casos, tendo ocorrido danos, a restituição deverá ser conjugada com a indenização.

Ocorrendo a expropriação do bem penhorado, não cabe o desfazimento da arrematação. Como diz o art. 475-O, III, do CPC, admite-se a expropriação do bem penhorado na execução da sentença provisória, exigindo-se a prestação de caução – e isto quando não incidirem as exceções que a dispensam (475-O, III, § 2.º, do CPC), de modo que o terceiro adquirente não arremata algo que não poderia ser alienado e, assim, não pode ser prejudicado pela declaração de inexistência do direito que embasou a execução. A inexistência do direito de crédito diz respeito somente às partes do processo em que o bem é arrematado, nada tendo a ver com o terceiro.

Sublinhe-se, ademais, que não se trata de terceiro que adquire imóvel sobre o qual pende litígio, mas de arrematação (que prescinde da vontade do executado) de bem sobre o qual não pende litígio. Lembre-se que, antes da reforma de 1994, o art. 686, V (que define os requisitos do edital que deve preceder a arrematação) falava de

"recurso pendente de julgamento", ao passo que agora fala de "recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados". Ora, na hipótese de expropriação de bem em razão de execução de decisão provisória, não há "causa pendente sobre o bem", mas causa pendente sobre o direito de crédito. Se o legislador quisesse dar ao executado o direito de reaver o bem do arrematante, certamente não teria complementado "causa pendente" com "sobre os bens a serem arrematados", mas simplesmente preservado a expressão "de julgamento" – o que, inclusive, seria mais simples.

De qualquer forma, o art. 694, *caput*, do CPC, na redação da Lei 11.382/2006, põe uma pá de cal sobre a questão, ao dizer que, "assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, *ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado*".

13

A Interpretação da Expressão "Execução Provisória da Sentença" (Art. 475-O, *caput*)

O art. 475-O, *caput*, do CPC diz que "a *execução provisória da sentença* far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva (...)". O Código de Processo Civil, mesmo depois das várias alterações nele introduzidas, continua a utilizar a expressão "execução *provisória* da *sentença*".

Porém, como foi demonstrado, não existe execução provisória de sentença, mas sim execução, que pode ser completa ou incompleta, de decisão provisória. É a decisão, e não a execução, que é provisória. Ademais, a execução de decisão provisória não traz, em si mesma, a idéia de execução limitada ou incompleta, já que tal forma de execução pode ser, conforme o caso e a vontade do legislador, completa ou incompleta.

De modo que na expressão "execução provisória" há a elipse da palavra "decisão". Na expressão "execução *provisória de sentença*", em outras palavras, é preciso ver "execução de *decisão provisória*", trocando-se, igualmente, "sentença" por "decisão", uma vez que, conforme também foi evidenciado, não somente a sentença, mas também os acórdãos e as decisões monocráticas do relator podem ser executados na pendência do recurso.

Parte VII
EXECUÇÕES ESPECIAIS

1

Execução de Prestação Alimentícia

1.1 Primeiras considerações

Alguns créditos são mais sensíveis ao tempo, exigindo formas de execução que permitam a sua realização de forma mais rápida. Encontra-se, dentre estes, inquestionavelmente, o crédito alimentar.

Entende-se por "alimentos" o valor indispensável à manutenção da pessoa, à sua subsistência digna, assim entendida a importância necessária ao seu sustento, moradia, vestuário, saúde e ainda, quando for o caso, à sua criação e educação.[1] Tal crédito, todavia, não é fixado em valor determinado e único, já que as necessidades das pessoas não são as mesmas. Ao contrário, deve levar em consideração as demandas de cada um em particular, tomando em conta o meio social em que se inserem, de modo que o valor dos alimentos deve variar conforme o que se tenha como exigível para a manutenção de tais necessidades, *segundo o padrão de vida que tinha – ou deveria ter – o alimentando*. Nesse passo, afirma o Código Civil que o valor dos alimentos deve considerar o montante necessário para que o alimentando possa "viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação" (art. 1.694), devendo ser fixados na "proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada" (art. 1.694, § 1.º).[2]

---

[1] Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. IX, p. 207; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. X, p. 475.

[2] Outrossim, tratando-se de alimentos relacionados a ações de divórcio ou de anulação de casamento, além dos valores normais também devem ser incluídas as despesas para custear a demanda judicial (art. 852, parágrafo único, do CPC).

O crédito alimentar pode derivar de imposição legal, de ato voluntário ou de ato ilícito. Independentemente de sua origem, quando se tratar de crédito pecuniário, é preciso manter o seu valor real, constituindo-se o que se chama de *dívida de valor*. Neste sentido, a importância fixada como alimentos (pouco importando a espécie de alimentos em questão) deve ser periodicamente reajustada, segundo os índices oficiais (art. 1.710 do CC).

Os alimentos comumente se expressam como crédito pecuniário, embora a sua fixação, excepcionalmente, possa ser feita de outras formas, mediante a imposição de um fazer ou até mesmo da entrega de coisa. Nessas hipóteses, não obstante o procedimento especial reservado aos alimentos e à sua execução pela lei processual (arts. 732/735 e 852/854 do CPC; Lei 5.478/68), a parte poderá se valer dos mecanismos executivos previstos nos arts. 461 e 461-A do CPC, efetivos em todas as tutelas que necessitem de fazer ou de entrega de coisa.

De modo que o real problema da efetividade da tutela jurisdicional dos alimentos reside na situação em que eles se expressam em dinheiro. Por sua própria natureza, o crédito alimentar não é compatível com o procedimento amplo e garantístico da execução comum de prestação pecuniária. Se a função dos alimentos é prover necessidades básicas, é mais do que evidente que o beneficiário não pode esperar por todo o ciclo da execução tradicional, composta pela penhora, avaliação, alienação e pagamento. Exatamente por isso, oferece o direito processual amplo leque de instrumentos para a efetivação dos créditos alimentares, tudo na intenção de que o valor seja prestado da forma mais exata e pronta possível.

1.2 Espécies de alimentos e seu regime

São utilizados diversos critérios para classificar as prestações alimentícias. Fala-se, assim, em alimentos civis e naturais, futuros e pretéritos, legais, judiciais e convencionais etc. No que diz respeito ao processo, interessam apenas as classificações que possam de algum modo repercutir na forma de tutela jurisdicional dos alimentos. Ou seja, somente serão aqui examinadas as classificações que produzam efeitos no plano processual, deixando-se de lado outras categorias que neste campo não têm expressão.

1.2.1 Alimentos definitivos, provisionais e provisórios

Costuma-se aludir à distinção entre os alimentos *definitivos*, *provisionais* e *provisórios*. A classificação tem por critério a estabilidade ou não da decisão que concede os alimentos, embora mesmo os alimentos outorgados por sentença transitada em julgado possam ser revistos, se sobrevier alteração no estado de fato ou de direito da causa (arts. 1.699 do CC, 471 e 475-Q, § 3.°, do CPC e 15 da Lei 5.478/68[3]).

[3] Esta última regra, porém, contém clara imprecisão, ao dizer que não há coisa julgada em tal sentença. Na realidade, existe sim coisa julgada, mas submetida – como sempre – à cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que, havendo modificação do estado de fato ou de direito da causa, tem-se nova causa de pedir, de forma a afastar a coisa julgada anteriormente constituída. Ver o v. 2 deste *Curso de processo civil* (*Processo de conhecimento*).

Diz-se que são *definitivos* os alimentos concedidos por sentença em processo de conhecimento ou fixados em acordo homologado judicialmente. Os alimentos *provisionais* são aqueles outorgados em liminar ou em sentença, a partir do regime previsto no Livro do "Processo Cautelar"[4] (arts. 852 a 854 do CPC) ou, ainda, em liminar antecipatória, em qualquer ação em que são cabíveis. Por fim, pensa-se em alimentos *provisórios* quando se tem em mente os concedidos provisoriamente, nos termos do art. 4.° da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68).

As duas últimas espécies de alimentos são formas de tutela antecipada, com a diferença de que os alimentos *provisórios* exigem, para sua concessão, prova prévia do parentesco ou da obrigação de alimentar do devedor (art. 2.°, Lei 5.478/68), enquanto os *provisionais* submetem-se apenas à análise dos elementos necessários para a concessão da antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do CPC.

A distinção em questão é usada freqüentemente para subsidiar a interpretação de que determinadas técnicas processuais devem ser utilizadas para a tutela de alguns créditos alimentares e não de outros. A própria lei, por vezes, parece tratar de forma diversa os alimentos, indicando que certas categorias podem beneficiar-se de determinados mecanismos, que estariam aparentemente indisponíveis para outros.

Assim é que, por exemplo, o art. 733 do CPC afirma caber prisão civil para a "execução" de *alimentos provisionais*, não oferecendo semelhante medida para os outros tipos de alimentos. Identicamente, o art. 735 faz referência apenas aos alimentos provisionais, não tratando das outras categorias. A seu turno, o art. 17 da Lei 5.478/68 somente se refere aos alimentos fixados em sentença ou em acordo – portanto, aos alimentos *definitivos* – ao abordar a autorização para o desconto de alugueres ou de rendas do devedor como forma de execução da prestação alimentar.

Segundo esse raciocínio, há conseqüências diferentes – em termos processuais – na caracterização de um crédito alimentar como sendo provisional, provisório ou definitivo. Todavia, este pensamento não parece correto. Em verdade, nada justifica que se dê tratamento distinto aos alimentos, simplesmente porque calcados em decisão provisória (liminar ou sentença de procedimento "cautelar") ou definitiva. Note-se que a discriminação se afigura claramente injustificável quando se observa que, a ser aplicada exclusivamente a previsão contida no CPC, confere-se meios mais eficazes à cobrança de alimentos *provisionais* (a prisão civil) que à de alimentos definitivos, como se estes últimos não necessitassem de meios de execução tão eficazes. Na verdade, a correta interpretação sistemática dos dispositivos que tratam do tema – aí incluídos o CPC, a Lei de Alimentos (Lei 5.478/68) e a Lei 6.014/73 (que alterou

[4] A rigor, não se trata de tutela cautelar, já que o caráter de tais alimentos é evidentemente satisfativo. Trata-se, assim, de providência de clara conotação antecipatória.

a Lei de Alimentos) –, fundada no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, indica que todo o regime previsto no CPC para os alimentos provisionais também deve aplicar-se aos alimentos definitivos (arts. 16 e 18 da Lei de Alimentos) e vice-versa. Quanto aos alimentos provisórios, por se tratarem de evidente antecipação dos alimentos definitivos, deverão poder contar com meios de execução tão eficazes quanto os deferidos aos alimentos provisionais e definitivos.

Não há racionalidade em negar meio de execução efetivo a uma espécie de alimentos, a partir da classificação dos alimentos em provisionais, provisórios e definitivos e com base na interpretação literal das regras processuais, quando se sabe que as modalidades executivas, segundo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF),[5] devem ser utilizadas conforme as necessidades do direito material e, assim, de acordo com as necessidades de tutela jurisdicional efetiva dos alimentos,[6] que nada têm a ver com a circunstância de os alimentos serem provisionais, provisórios ou definitivos.

1.2.2 *Alimentos legítimos, voluntários e indenizativos*

Os alimentos também são classificados em *legítimos*, *voluntários* e *indenizativos*. Os primeiros são impostos por lei; assim os alimentos devidos em razão de parentesco e os decorrentes do casamento ou da união estável. Os *voluntários* são oriundos de negócio jurídico, como os pactuados em legados (art. 1.928, parágrafo único, do CC). Os *indenizativos* são devidos em razão de ato ilícito, a exemplo do que se prevê no art. 948, II, do CC.

Diz-se com freqüência que os alimentos *indenizativos* não possuem verdadeira natureza alimentar, não se lhes aplicando, por conseguinte, o regime de técnicas processuais típico das prestações alimentícias.[7] Com efeito, afirma-se comumente que estes alimentos possuem mecanismo próprio de proteção judicial, consistente no primitivo art. 602 do CPC (hoje substituído pelo art. 475-Q), de modo que dispensaria os instrumentos coercitivos e substitutivos previstos para a execução dos alimentos legítimos.

Também não se justifica a conseqüência que se tenta tirar desta distinção entre os alimentos. A tutela diferenciada dada aos alimentos decorre da urgência em sua percepção. Em razão da natureza própria desta verba, quem dela necessita o faz porque não tem condições de se manter por suas próprias forças. Sem esse montante, corre-se o sério risco de abandonar o credor ao relento, faltando-lhe o mínimo imprescindível a satisfazer as necessidades para uma vida digna. Ora, esta constatação não se reduz aos casos de alimentos devidos em razão de vínculo de parentesco ou de casamento.

[5] Ver o v. 1 deste *Curso de processo civil (Teoria geral do processo*, p. 111-120, p. 269 e ss).

[6] Entre outros, ver STF, *RTJ* 86/126.

[7] Ver *Julgados do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo*, v. 141, p. 38.

Ao contrário, esta característica subsiste *em todas as formas de alimentos*, de maneira que todas impõem resposta efetiva e tempestiva da jurisdição. Exatamente por isto, não basta, para atender às necessidades dos alimentos indenizativos, a constituição de capital cuja renda assegure o pagamento do valor periódico da pensão, prevista no art. 475-Q do CPC. Isto porque não há, nessa norma, sanção para o descumprimento da determinação, nem há a garantia de que o montante devido será impositivamente transferido ao credor dos alimentos com a rapidez necessária. Assim, são imprescindíveis, a par da imposição de tal garantia, os mecanismos coercitivos e sub-rogatórios próprios da tutela alimentar clássica.

Igualmente não procede a limitação do uso da prisão civil para tutelar apenas os alimentos legítimos – embora esta seja a orientação ainda prevalente nos tribunais.[8] Se a necessidade que sustenta a utilização da prisão civil é a mesma para os alimentos legítimos e para os indenizativos, não há o que justifique tratamento diverso em nível de técnica processual. Note-se, aliás, que os alimentos fixados em razão de ato ilícito decorrem, no mais das vezes, da prática de ato incapacitante contra a vítima, de modo que acabam tornando-se o único recurso de que ela dispõe para o seu sustento. Impor-lhe a morosa via da execução por expropriação – ainda que sob o rito do "cumprimento de sentença" – é simplesmente ignorar as suas necessidades concretas.[9]

Portanto, não é correta a posição, firmada em sede doutrinária e jurisprudencial, de dar técnicas executivas diferenciadas aos alimentos *legítimos*, *voluntários* e *indenizativos*. Olhando-se para o art. 5.º, XXXV, da CF, torna-se inevitável concluir que tais alimentos devem poder ser tutelados, conforme as circunstâncias do caso concreto, através das técnicas processuais previstas na Lei de Alimentos e nos arts. 732 e seguintes do CPC.[10] Por idênticas razões, a constituição de capital a que se refere o

[8] Ver TJMG, 14.ª Câm. Cív., AgIn 2.0000.00.512628-9/000, rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, *DJ* 14.02.2006.

[9] Há quem entenda ser inadmissível o desconto em folha no caso de alimentos devidos por ato ilícito. Entretanto, como é evidente, não há motivo para se dar meio executivo diverso aos alimentos indenizativos. Em outros termos, a diferença de fonte não pode servir para determinar a diferenciação de meio executivo. O que importa, sem dúvida, é o fim, a exigir meio executivo efetivo. A razão, portanto, está com Pontes de Miranda, que assim escreve: "Os alimentos de que cogita o art. 734 são quaisquer alimentos a que foi condenada alguma das pessoas a cuja classe ele se refere, sejam alimentos de direito de família, ou alimentos de origem negocial ou em virtude de ação de indenização por ato ilícito se o condenado não pagou e nela se incluiu prestação de alimentos" (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. X, p. 485). Exatamente por isto, tratando-se de alimentos indenizativos, quando não for possível o desconto em folha e o desconto em renda, poderá ser aplicada a prisão civil.

[10] O STJ, diante de execução de alimentos indenizativos, já decidiu pela inoponibilidade da proteção do "bem de família" (STJ, 3.ª T., REsp 437144, rel. Min. Castro Filho, *DJ* 10.11.2003; em sentido contrário, porém, ver STJ, 1.ª T., REsp 790608/SP, rel. Min. José Delgado, *DJU* 27.03.2006, p. 225) e pelo cabimento do emprego do desconto em folha (STJ, 3.ª T., REsp 194581, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, *DJ* 13.06.2005).

art. 475-Q do CPC não deve se ligar exclusivamente aos alimentos indenizativos, podendo também ser exigida para a tutela dos alimentos legítimos e convencionais.

Frise-se que, quando as circunstâncias em que se encontram os que necessitam da jurisdição são as mesmas, impõe-se que o processo lhes ofereça as mesmas técnicas de tutela, pena de violação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF).

1.2.3 *Alimentos naturais e civis*

Em outra classificação, distinguem-se os alimentos em *naturais* e *civis*. *Naturais* seriam os alimentos necessários à estrita manutenção da vida do alimentando. A seu turno, os alimentos *civis* seriam os determinados em razão das possibilidades do alimentante e das carências do alimentando.

A distinção teve razão de ser há muito tempo, mas perdeu sua função já com o Código Civil de 1916 e, *a fortiori*, com o atual Código Civil. De acordo com o CC de 2002, o valor dos alimentos deve ser fixado na "proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada" (art. 1.694, § 1.º, do CC – norma que repete os dizeres do art. 400 do CC de 1916), possibilitando ao alimentando "viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação" (art. 1.694, *caput*, do CC).

Vale dizer que, como os alimentos devem dar ao alimentando a possibilidade de viver de modo compatível com a sua condição social, tornou-se irrelevante, nesta dimensão, a idéia de alimentos naturais. Porém, os alimentos naturais tiveram a sua importância conservada pelo § 2.º do art. 1.694 do CC, o qual sublinhou que "os alimentos serão apenas os *indispensáveis à subsistência*, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia".

1.3 Formas de execução dos alimentos

O direito brasileiro prevê quatro formas distintas para a execução da prestação alimentar e um mecanismo assegurador da sua realização. Como visto acima, algumas delas – no entendimento jurisprudencial – são reservadas, não sem certa dose de incoerência, a alimentos legítimos, enquanto o instrumento de garantia por último indicado é relacionado pelo art. 475-Q aos alimentos devidos como ressarcimento por ato ilícito.

Mas, também como já dito, não se justifica tal segregação, uma vez que toda e qualquer verba alimentar se caracteriza pela necessidade e pela urgência, pouco importando as diferenças de fonte. Como é óbvio, os alimentos indenizativos não são menos necessários do que os devidos em razão de parentesco. A menos que se entenda, por exemplo, que os filhos daquele que se afasta do lar merecem tutela jurisdicional mais efetiva do que os filhos que têm o pai morto em acidente automobilístico![11]

[11] Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p. 332.

Alega-se, para justificar a discriminação, que apenas os alimentos fundados em relação de parentesco ou em vínculo matrimonial são realmente "*genuínos*". Porém, basta atentar para a Lei de Alimentos para concluir que isto não tem sustentação. Esta Lei expressamente afirma que, na petição inicial em que pede alimentos, o requerente deverá demonstrar o parentesco "*ou a obrigação de alimentar do devedor*" (art. 2.º, da Lei 5.478/68). Não se diga que a referência a esta outra "obrigação de alimentar" (que não a decorrente de parentesco) alude às prestações devidas em razão da dissolução do casamento ou da união estável, já que esta previsão encontra-se em outra regra da mesma Lei (art. 13), que determina a aplicação do regime da Lei de Alimentos às ações "de desquite, nulidade e anulação de casamento". Deste modo, a dita obrigação de alimentar do devedor – que não tem origem no vínculo de parentesco ou na relação matrimonial – haverá de ter respaldo em qualquer outro vínculo jurídico, aí incluído, certamente, o ato ilícito.

De toda sorte, o ponto de maior controvérsia é o da aplicabilidade da prisão civil para a tutela dos alimentos indenizativos. No entanto, após a afirmação judicial de débito alimentar, não há motivo para supor que determinada modalidade executiva possa ser utilizada apenas contra quem desrespeita decisão que manda pagar uma espécie de alimentos e não outra.[12]

Feita essa ressalva, cumpre notar que o CPC não estabelece gradação entre os meios disponíveis para a tutela da obrigação alimentar. A par disso, nos termos desta lei, haveria apenas três instrumentos para a proteção do alimentando – desconto em folha de salário, expropriação e prisão civil. Aparentemente, portanto, toca ao credor optar livremente pelo mecanismo que deseja ver aplicado, não existindo uma quarta forma para a tutela jurisdicional dos alimentos.

Todavia, é preciso não esquecer que o tema da execução dos alimentos encontra-se regulado não apenas pelo CPC, mas também pela Lei de Alimentos (Lei 5.478/68, com vários dispositivos alterados pela Lei 6.014/73), encontrando-se neste último diploma importantes elementos para se compreender adequadamente o trato da matéria.

De fato, a partir do exame do disposto entre os arts. 16 e 18 da Lei de Alimentos, nota-se que a liberdade de escolha do alimentando não é tão ampla como parece. Nos termos do art. 16, a opção inicial será, sempre que possível, pelo desconto em folha, seguindo-se a tentativa de desconto em renda (art. 17). Apenas quando estas duas formas se mostrarem manifestamente inapropriadas, poderá o credor valer-se da expropriação ou da prisão civil, segundo seu arbítrio (art. 18). Aliás, em relação

[12] Alguns julgados vêm sustentando que a prisão civil, como meio coercitivo para o adimplemento da obrigação alimentar, é cabível apenas no caso dos alimentos pertinentes ao direito de família. Por isso seria inadmissível a sua cominação "por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade *ex delicto*" (*RT* 646/124). Porém, não há razão para discriminar o credor de alimentos indenizativos, deixando sem efetividade a tutela que lhe concede alimentos.

ao último ponto, chega-se a entender que o credor não pode optar entre a prisão e a expropriação, mas obrigatoriamente preferir a expropriação, restando a prisão para a hipótese de a expropriação não ser capaz de gerar efeitos, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, certamente dando valor demasiado ao princípio da intangibilidade física.[13]

Esta gradação também é inadequada, pois não atenta às regras que devem presidir a execução. Ora, se diversos meios de execução dão a mesma efetividade à tutela do direito material, o meio executivo a ser utilizado necessariamente deve ser aquele que traz a menor restrição possível ao executado.[14] Porém, se um meio de execução é mais efetivo do que outro, não há porque obrigar o exeqüente a abrir mão do meio mais efetivo ou do meio idôneo.

Este deve ser o único critério para a eleição da forma executiva da tutela alimentar. Em primeiro lugar, define-se o meio que realmente é idôneo à tutela do direito; após, caso existam dois meios idôneos, elege-se necessariamente o que causar a menor restrição possível ao demandado.

Partindo-se daí, o escalonamento da Lei de Alimentos passa a ser mero critério, fixado *a priori*, para a compatibilização das regras do meio idôneo e da menor restrição possível. Porém, tal critério, porque incapaz de apanhar as particularidades da situação litigiosa, certamente pode não prevalecer no caso concreto, quando o juiz deverá fundamentar a eleição do meio executivo a partir das particularidades do caso e com base nas regras antes mencionadas.

Fixados estes parâmetros, cumpre examinar as formas previstas para a execução da prestação alimentícia.

1.3.1 Desconto em folha

A primeira técnica arrolada pela legislação para a execução alimentar (arts. 16 da Lei 5.478/68 e 734 do CPC) é o desconto dos alimentos da remuneração recebida pelo seu devedor. A efetividade da medida reside na circunstância de que o devedor praticamente não tem como inadimplir a prestação alimentar, já que o valor devido é descontado na sua própria folha de pagamento.

Neste caso, embora os alimentos incidam sobre a remuneração do devedor, o desconto é feito por ato de terceiro, responsável pelo pagamento do salário. Como a disposição do valor devido é transferida, por imposição judicial, do devedor para aquele que o remunera, elimina-se a possibilidade de o alimentante deixar de cumprir o seu dever.

[13] *Jurisprudência Brasileira*, v. 31, p. 218.

[14] Ver o v. 1 deste *Curso de processo civil (Teoria geral do processo*, cit., p. 292 e ss, p. 376 e ss).

A técnica, ao eliminar a possibilidade de o devedor deixar de pagar os alimentos – ao menos enquanto está empregado e recebe regularmente salário –, evita a repetição de ações para a cobrança de prestações inadimplidas.

De acordo com o art. 734 do CPC, o desconto em folha pode ser utilizado quando "o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho". Portanto, estariam excluídos do rol de devedores sujeitos a esta técnica executiva os profissionais liberais. A dificuldade em autorizar esta forma de execução contra profissionais liberais deriva da complexidade em se apurar os seus ganhos mensais – e, conseqüentemente, estabelecer um valor a ser pago periodicamente – e na inviabilidade de se realizar o desconto, dada a ausência de origem fixa e determinada dos honorários.

Porém, quando o profissional liberal for pago de forma estável e periódica – como, por exemplo, o médico que recebe mensalmente de hospital em que trabalha –, o credor poderá se valer do desconto em folha, ainda que o art. 734 não o arrole como devedor sujeito ao emprego desta técnica executiva.[15]

Do mesmo modo, embora o CPC não considere expressamente o beneficiário de pensão previdenciária, também pode ser ele sujeito a tal forma de execução. Tendo fonte determinada de renda e montante fixo de rendimentos, o beneficiário de pensão previdenciária reúne as condições que permitem a utilização do desconto em folha, conforme assegurado, aliás, pelo art. 115, IV, da Lei 8.213/91.[16]

Tem-se entendido que esta técnica é utilizável tanto para a execução de alimentos provisionais, provisórios e definitivos, como para a execução de alimentos indenizativos, legítimos e convencionais. Aliás, a sua aplicação para alimentos indenizativos foi claramente autorizada pelo art. 475-Q, § 2.º, tornando-se hoje tema

[15] Neste sentido: "Agravo de instrumento. Alimentos. Bloqueio do valor da pensão alimentícia, das retiradas do alimentante perante a sociedade de advogados, da qual é sócio majoritário. Possibilidade, mormente porquanto tal meio é o de maior eficácia para garantir o integral cumprimento da obrigação. Recurso provido" (TJMG, 7.ª Câm. Cív., AgIn 1.0024.03.026327-1/001, rel. Des. Pinheiro Lago, *DJ* 16.12.2005).

[16] "Lei 8.213/91. Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios: (...) IV – pensão de alimentos decretada em sentença judicial". Dando aplicação ao dispositivo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "os proventos líquidos de aposentadoria podem ser penhorados para pagamento de execução de pensão alimentícia, não obstante o inciso VII do art. 649 do CPC [redação anterior à Lei 11.382/2006] silencie a esse respeito" (STJ, 3.ª T., REsp 770797/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 18.12.2006, p. 377). Na mesma linha, salientou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "Agravo de instrumento. Ação de alimentos. Conquanto não haja previsão no art. 734 do CPC para que alimentos sejam descontados de benefício previdenciário, a Lei 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, o autoriza em seu art. 115. Assim, as prestações vincendas serão descontadas a partir da próxima folha de pagamento (...)" (TJRS, 7.ª Câm. Cív., AgIn 70012728663, rel. Des. Walda Maria Melo Pierro, j. 30.11.2005).

incontroverso. Da mesma forma, a figura pode aplicar-se para alimentos futuros ou pretéritos, desde que a remuneração do alimentante comporte o desconto devido.[17]

Feito o desconto do valor devido, será ele entregue – pelo empregador ou pelo pagador do devedor de alimentos – diretamente ao alimentando, na forma determinada judicialmente. Sublinhe-se que este terceiro tem o *dever* de realizar o desconto, repassando o respectivo montante ao alimentando. Desobedecida a imposição judicial, o terceiro deverá ser punido na forma do art. 22 da Lei 5.478/68.

1.3.2 Desconto em renda

A Lei de Alimentos prevê a figura do desconto em aluguéis ou quaisquer outros rendimentos do devedor (sem correspondente no CPC), técnica bastante similar à que acaba de ser analisada. Tal técnica atende à situação do alimentando que tem como devedor alguém que não percebe remuneração determinada, mas que aufere renda proveniente de arrendamento rural, locação de imóvel, aplicação financeira, entre outras.

Verificando que o devedor possui *fonte fixa* e de *fluxo mínimo determinado* de recursos, o juiz determina ao terceiro, responsável pelo pagamento da renda ao devedor, que transfira os alimentos ao credor, o que é suficiente para garantir-lhe o pagamento das prestações alimentares, como acontece quando se aplica a técnica do desconto em folha.

O desconto em renda, assim como o desconto em folha, é cabível para a execução de qualquer forma de alimento, seja provisional, provisório ou definitivo, seja legítimo, indenizativo ou convencional, seja pretérito ou futuro.

1.3.3 Prisão civil

A possibilidade do uso da coerção pessoal, pela restrição da liberdade, como técnica de cumprimento da prestação alimentar, é expressamente autorizada pelo texto constitucional. Segundo o art. 5.º, LXVII, da CF, "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo *inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia* e a do depositário infiel". Nos termos da determinação constitucional, não há dúvida de que a prisão civil só tem aplicação quando o descumprimento da obrigação alimentar for *voluntário* e *inescusável*. Caso o inadimplemento decorra de justificativa legítima ou de causa involuntária (como o caso fortuito ou a força maior), não se poderá recorrer à prisão civil. Assim, se o devedor encontra-se impossibilitado de cumprir a prestação porque, por exemplo, não dispõe de recursos em razão de estar desempregado, ou por causa da iliquidez do seu patrimônio, descabe a aplicação da medida.

Entre todas as técnicas destinadas à execução da obrigação alimentar, a prisão civil é a mais drástica e a mais agressiva ao devedor, de modo que a sua adoção so-

[17] Ver STJ, 4.ª T., REsp 254047, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 25.09.2000.

mente é possível quando não existem outros meios idôneos à tutela do direito. Isto pelo simples motivo de que os meios de execução se subordinam às regras do meio idôneo e da menor restrição possível.

Conquanto se trate de meio violento à liberdade individual, a prisão civil constitui mecanismo extremamente importante à execução dos alimentos. Não deve haver preconceito em seu uso, uma vez que, além de poder ser imprescindível para garantir manutenção básica e digna ao alimentando, apenas pode ser utilizada quando o devedor descumpre a sua obrigação de forma "voluntária e inescusável", ou, em termos mais claros, quando possui dinheiro e, mesmo assim, deixa de pagar os alimentos.

Frise-se que o texto constitucional e as regras infraconstitucionais não restringem o uso da prisão aos alimentos legítimos. Portanto, afigura-se injustificável a orientação da jurisprudência no sentido de limitar o cabimento da prisão civil aos alimentos legítimos, excluindo o seu uso diante dos indenizativos. Ora, se os alimentos indenizativos podem ser *mais necessários* que os legítimos, não devem ser tratados de forma desigual no que diz respeito aos meios de execução.

A jurisprudência também se inclina a limitar o uso da prisão civil para a cobrança de alimentos pretéritos, entendendo só poder ser utilizada diante das *três últimas parcelas vencidas antes da propositura da ação* e das parcelas vincendas no seu curso.[18]

Parte-se da idéia de que a autorização para a execução de outros alimentos pretéritos (além destes três últimos) poderia importar em aumento exagerado da importância cobrada, tornando praticamente impossível ao devedor adimplir o valor devido.

Porém, o importe do valor devido não pode ser tomado como argumento *a priori* para impedir o uso da prisão civil. Somente no caso concreto é possível avaliar se a importância exigida inviabiliza o adimplemento da prestação, situação em que a prisão certamente será incabível, porque justificável ou involuntária.

De outro lado, afirma-se que, se o credor de alimentos deixa de cobrar o valor que lhe é devido por mais de três meses, a verba alimentar perde a característica da necessariedade, tornando despropositada a aplicação da prisão civil.

Porém, a demora no ajuizamento da ação não se deve, na grande maioria das vezes, ao desinteresse do credor ou à falta de necessidade da verba alimentar, podendo estar relacionada a outros fatores, como o temor em demandar perante o Poder Judiciário e a dificuldade em encontrar e contratar advogado. Aliás, a demora, neste caso, obviamente não pode fazer gerar a presunção (absoluta) de desinteresse em obter os alimentos. Na verdade, diante da natureza da verba em questão, a presunção deve ser de que, não obstante a demora, o alimentante deseja receber, o quanto antes, a verba que lhe foi prometida para a sua manutenção.

[18] É o que estabelece a Súmula 309 do STJ: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo".

Portanto, somente se pode ter como *relativa*, nunca como *absoluta*, a regra que restringe a aplicação da prisão civil aos alimentos pretéritos além da terceira parcela.[19]

Deixe-se claro, por outro lado, que a prisão civil pode ser utilizada para a tutela dos alimentos provisionais, provisórios e definitivos, indistintamente.[20]

O prazo da prisão é ainda questão polêmica. De acordo com o art. 733, § 1.º, do CPC, este prazo deve ser fixado entre um e três meses. Segundo o art. 19 da Lei de Alimentos, o limite do prazo da prisão é de sessenta dias. Há quem entenda que os prazos são aplicáveis a situações distintas, não podendo o prazo exceder a sessenta dias nos casos de alimentos *provisórios* e *definitivos* – fixados com base na Lei de Alimentos – e devendo ser fixado entre um e três meses no caso de alimentos *provisionais* (art. 852 do CPC).

A distinção entre tais prazos, ao se ligar aos alimentos provisórios e definitivos, de um lado, e provisionais, de outro, não tem qualquer racionalidade, uma vez que os conteúdos destas espécies de alimentos não têm qualquer correlação lógica com a discriminação realizada. Não há como esquecer que as técnicas executivas previstas no CPC e na Lei de Alimentos se aplicam a todos os tipos de alimentos, devendo os meios de execução ser definidos a partir da aplicação, no caso concreto, das regras do meio idôneo e da menor restrição possível.

Esclareça-se, por outro lado, que a norma da Lei de Alimentos é anterior à norma do CPC. Assim, se o prazo da prisão, segundo o CPC, pode variar entre trinta e noventa dias, e a Lei de Alimentos o limita a sessenta dias, parece não haver dúvida que o juiz deverá fixar o prazo da prisão entre trinta e noventa dias, conforme as particularidades do caso concreto.[21]

---

[19] Embora seja pacífica a visão jurisprudencial que limita o uso da prisão civil aos alimentos pretéritos apenas às três últimas parcelas vencidas antes de ajuizada a ação, há opiniões do Superior Tribunal de Justiça (embora mais antigas) adotando a conclusão de que esta regra não é absoluta, admitindo relativização. Ver, por exemplo, STJ, 4.ª T., RHC 10028, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 18.09.2000; STJ, 4.ª T., HC 11163, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 12.06.2000; STJ, 3.ª T., HC 11176, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 15.05.2000.

[20] TJRS, 7.ª Câm. Cív., AgIn 70012728663, rel. Des. Walda Maria Melo Pierro, j. 30.11.2005.

[21] A questão, porém, é polêmica nos tribunais, como se vê dos seguintes arestos: "Recurso de *habeas corpus*. Prisão civil. Alimentos. Maioridade. *Prazo máximo da prisão. Sessenta ou noventa dias*. Precedente da Terceira Turma. 1. A maioridade de filha credora de alimentos, por si só, não afasta a obrigação alimentar, devendo ser discutida nas instâncias cíveis a sua real necessidade. 2. Na linha da jurisprudência da Corte, o *habeas corpus* não é via adequada para o exame aprofundado de provas e a verificação da necessidade, ou não, da credora dos alimentos. 3. A prisão civil, *cuidando-se de execução fundada no art. 733 do Código de Processo Civil*, pode ser fixada de um a três meses, nos termos do § 1.º do referido dispositivo. 4. Recurso ordinário desprovido" (STJ, 3.ª T., RHC 16005, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 30.08.2004); "Prisão civil por dívida de alimentos. É de *sessenta dias* o prazo máximo, tratando-se de alimentos *definitivamente*

Vale sublinhar, todavia, que é possível novo decreto prisional a cada descumprimento, de modo que o prazo *total* da prisão pode ser superior ao limite de noventa dias.

Considerado o escopo da técnica executiva ora analisada – coagir o devedor a cumprir a prestação alimentar –, importa advertir que, uma vez pagos os alimentos,[22] o devedor deverá ser imediatamente posto em liberdade, pouco importando a circunstância de não ter findado o prazo da prisão.

Como é evidente, a submissão do devedor à prisão decretada não o eximirá do seu vínculo à obrigação de pagar o montante devido (art. 733, § 2.º, do CPC e art. 19, § 1.º, da Lei de Alimentos). Executada a prisão e permanecendo o inadimplemento do devedor, deverá o credor se valer de outro caminho para a realização do seu crédito.

A prisão civil não se rege pelas regras atinentes à execução da pena de prisão criminal (a exemplo daquelas insertas na Lei de Execuções Penais). Assim, aqui não se aplica institutos típicos da prisão criminal (e do seu papel ressocializador), como é o caso da progressão de regime prisional, da detração penal ou da prisão domiciliar. A prisão civil tem caráter estritamente *coercitivo*, de modo que sua aplicação deve nortear-se apenas por esta finalidade. Daí serem inviáveis quaisquer mecanismos que ofereçam vantagens ao aprisionado ao longo do cumprimento da medida. Apenas o adimplemento das parcelas devidas (ou o esgotamento do prazo máximo admitido) poderá ter o efeito de autorizar a libertação do devedor (art. 733, § 3.º, do CPC).

1.3.4 *Expropriação*

Ainda para a realização de créditos alimentares, dispõe o alimentante da forma tradicional da execução por expropriação. Trata-se de procedimento praticamente idêntico ao usado para a execução da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, realizando-se através da penhora de bens do devedor e, especialmente, mediante a sua alienação, cujo produto – a soma em dinheiro – é carreado ao alimentando.

Afirma-se que a execução por expropriação é a que causa menor prejuízo e, por isto, deve preferir a todas as outras. Além de não ser correto supor que a expropriação é a forma executiva que traz menor gravame – uma vez que o seu custo, geralmente significativo, acaba sendo arcado pelo devedor –, nada sustenta a idéia – que não se sabe onde se funda – de que o meio executivo *adequado* deve ser o que causa menor prejuízo ao réu.

Deixe-se claro, inicialmente, que a forma menos gravosa para o devedor é o *desconto* em folha ou o desconto em renda. Porém, o que deve determinar o empre-

---

fixados por sentença. Recurso de *habeas corpus* provido em parte" (STF, 2.ª T., RHC 61238, rel. Min. Djaci Falcão, *DJ* 27.10.1983).

[22] E independentemente do não pagamento de outros valores devidos, como, por exemplo, custas processuais e honorários advocatícios.

go de um meio de execução é, antes de tudo, a sua idoneidade para dar efetividade à tutela do direito. Este meio é, igualmente, o *desconto* em folha ou o desconto em renda. Não há dúvida que o desconto em folha e o desconto em renda são os meios mais idôneos à tutela alimentar. Apenas quando nenhum deles pode ser utilizado é que se pode pensar na expropriação ou na prisão civil.

Porém, nem mesmo quando os únicos meios viáveis são a expropriação e a prisão torna-se correto supor que a expropriação deva necessariamente ser utilizada. Ao contrário, neste caso deve ser usada a prisão civil, pois esse meio é muito mais idôneo ao alimentando do que a expropriação. A expropriação é a forma de execução menos idônea à tutela alimentar, devendo ser utilizada em último caso.

Não obstante, a expropriação, vista desta forma, pode ser utilizada para viabilizar a realização de qualquer espécie de alimentos, especialmente quando se tem em mente a penhora *on line*. Tal expropriação, como será visto mais tarde, segue basicamente o rito comum, previsto entre os arts. 475-J e 475-P do CPC.

1.3.5 *Constituição de capital*

A constituição de capital é figura especificamente vinculada, por expressa determinação legal (art. 475-Q do CPC), à satisfação dos alimentos indenizativos. Não há previsão de que esta medida possa ser empregada para garantir outros tipos de alimentos, sendo corrente na doutrina a opinião restritiva, fundada na idéia de que os demais tipos de alimentos possuem técnicas processuais próprias para a sua tutela.

Porém, não há justificativa para a limitação da constituição de capital aos alimentos indenizativos, já que os demais tipos de alimentos também podem dela necessitar. A circunstância de a lei, ao invocar a constituição de capital, referir-se aos alimentos indenizativos, não excluiu a aplicação analógica da regra às demais espécies de alimentos, especialmente quando se está consciente de que o alimentando tem o poder de utilizar as técnicas processuais adequadas para obter a tutela que lhe foi prometida pelo direito material e pela Constituição.

Aliás, o art. 21 da Lei 6.515/77 (Lei de Divórcio) autoriza a constituição de garantia real ou fidejussória para assegurar o pagamento da pensão alimentícia, prevendo ainda, em seu § 1.º, a possibilidade de instituição de usufruto sobre bens do devedor para o mesmo fim. Além disto, o art. 1.701, parágrafo único, do Código Civil, confere ao juiz o poder de estabelecer forma específica para o cumprimento do dever alimentar, quando as circunstâncias assim o exigirem. Assim, não há porque não admitir a constituição de capital para a proteção de alimentos diferentes dos indenizativos.

Deixe-se claro que a constituição de capital não é propriamente uma forma de satisfação do credor de alimentos. Ressalvada a hipótese de instituição de usufruto sobre bens do devedor (art. 21 da Lei 6.515/77), a sua função não é *satisfazer* a prestação alimentar. Trata-se, antes, de mecanismo usado para *assegurar* a plenitude do pagamento. Portanto, a sua função é garantir a realização (ou a satisfação) dos alimentos, e não realizá-los (ou satisfazê-los). A constituição de capital assegura que o devedor possua patrimônio suficiente para permitir a futura realização dos alimentos.

A constituição de capital, normalmente, é ligada à execução por expropriação. Vale dizer que, havendo a constituição de capital, o credor de alimentos poderá utilizar a execução por expropriação sobre os bens ou valores que constituem a reserva, a fim de saldar seu crédito. Porém, a existência da constituição de capital não exclui a possibilidade de o credor utilizar outras formas de execução – como o desconto em folha ou o desconto em rendas ou, até mesmo, a prisão civil – para realizar o seu crédito. Neste caso, a constituição de capital assumirá a figura de garantia que não precisou ser utilizada por existir meio mais idôneo à tutela do direito material.

Segundo o art. 475-Q, § 1.º, do CPC a constituição de capital pode ser feita através de "imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial", que se tornarão inalienáveis e indisponíveis enquanto durar o dever de prestar alimentos. De acordo com o § 2.º do mesmo artigo, "o juiz poderá substituir a constituição de capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz". Embora o § 2.º fale que "o juiz poderá *substituir*", é certo que a constituição de capital também pode desde logo ser feita através dos meios previstos no § 2.º do art. 475-Q. Na realidade, a constituição de capital pode ser admitida a partir de qualquer forma de garantia, efetivamente idônea e suficiente, ainda que não expressamente prevista nos §§ 1.º e 2.º do art. 475-Q.

Frise-se, porém, que a garantia prestada – qualquer que seja ela – sempre pode ser substituída, desde que por outra tão idônea e suficiente. Ademais, em caso de eventual modificação da prestação alimentar, a constituição do capital logicamente também pode ser alterada.

Há quem entenda que a garantia em questão deve ser exigida sob o procedimento da caução, instituído a partir do art. 826 do CPC. Porém, este procedimento deve ser visto apenas como uma via mediante a qual se pode exigir a constituição de capital. Perceba-se que o art. 475-Q dá ao juiz o poder de exigir a constituição de capital ou a sua substituição no próprio processo em que é proferida a condenação, tornando desnecessária a propositura de outra ação para tanto. Aliás, tal garantia está inserida no poder cautelar geral do juiz (art. 797 do CPC), de modo que, salvo nos casos expressamente previstos na lei, sequer exige pedido específico da parte.

1.4 Procedimento da execução de prestação alimentícia

A execução de alimentos usualmente é fundada na sentença que condena ao pagamento de alimentos, embora também possa se basear em sentença que homologa transação em que alguém se obriga a prestar alimentos, em sentença que determina o cumprimento de testamento (os alimentos podem ser fixados em legado – art. 1.920

do CC), em sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça ou até mesmo em título extrajudicial.

Nos três primeiros casos, a execução é iniciada mediante requerimento simples (art. 475-J do CPC) – que não exige o preenchimento integral dos requisitos do art. 282 do CPC –, ao passo que, nas duas últimas hipóteses, sendo necessário propor ação de execução, torna-se imprescindível que a petição inicial observe os requisitos do referido art. 282.

Em qualquer das situações, o alimentando deve requerer, entre as formas executivas antes analisadas, a que for idônea à tutela do seu direito e trouxer a menor restrição possível ao executado.

1.4.1 O não cumprimento da sentença e a incidência da multa de 10%. A aplicação do art. 475-J

A sentença de alimentos pode ser executada na pendência do recurso de apelação, conforme autorização expressa do art. 520, II, do CPC. Tal sentença pode ser proferida no procedimento ordinário, no procedimento especial da Lei de Alimentos e no procedimento cautelar dos alimentos provisionais (art. 852 do CPC). Proferida a sentença que condena ao pagamento de alimentos, da sua publicação corre o prazo de quinze dias para o devedor cumpri-la.

Não cumprida a sentença, o montante dos alimentos será acrescido de multa, no percentual de dez por cento. De acordo com o art. 475-J do CPC, o não cumprimento da sentença, além de sujeitar o devedor a tal multa, faculta ao credor o requerimento de penhora e avaliação.

O art. 475-J, ao fazer menção à penhora e à avaliação, prevê uma forma de execução, exatamente a execução por expropriação. Acontece que, tratando-se de execução alimentar, a expropriação é apenas uma das várias formas de execução disponíveis ao credor.

Isto quer dizer que o descumprimento da sentença, além de sujeitar o devedor à multa de dez por cento, abre oportunidade para o credor requerer a modalidade executiva mais idônea à tutela alimentar. De lado excepcional particularidade do caso concreto, poderá o credor requerer, obviamente que diante da sua oportunidade concreta, o desconto em folha ou em renda, a prisão civil e a expropriação, nesta seqüência.

Porém, conforme a forma executiva adotada, haverá variação de procedimento. É a diferenciação do procedimento, segundo a forma de execução, que será objeto do estudo que vem a seguir.

1.4.2 Execução por desconto em folha ou renda

Passado o prazo de quinze dias para o cumprimento da sentença, e sendo cabível o desconto em folha ou renda, o requerimento de execução deve indicar o montante a ser descontado, sua periodicidade e o terceiro responsável pelo desconto (empregador, pagador, locatário etc.).

Estando em ordem o pleito, o juiz deve determinar a expedição de mandado de desconto em folha ou em renda, a ser dirigido ao agente responsável pelo pagamento do crédito ao devedor. No mandado também deverão constar os nomes do credor e do devedor, a importância a ser descontada e o tempo de sua duração (art. 734, parágrafo único, do CPC).

O destinatário da comunicação, ou seja, o terceiro responsável, obviamente não tem qualquer discricionariedade para aceitá-la ou não. Tem ele dever de cumprir a decisão judicial, cometendo crime se deixar de realizar os descontos determinados (art. 22, parágrafo único, da Lei 5.478/68).[23] Sublinhe-se que o terceiro não tem qualquer interesse jurídico na causa, cabendo-lhe apenas direcionar o montante ao alimentando.

Feito o primeiro desconto, deverá o devedor ser intimado para, querendo, oferecer impugnação à execução no prazo de quinze dias (art. 475-L do CPC). Tal impugnação não susta o desconto nem o levantamento dos valores descontados pelo credor, regendo-se pela disciplina tradicional da figura, anteriormente já vista.

Rejeitada a impugnação, permanece o desconto pelo período anteriormente fixado pelo juiz. Sendo julgada procedente, deve ser determinado o seu cancelamento.

1.4.3 Execução por coerção pessoal (prisão civil)

O procedimento da execução alimentar sob ameaça de prisão civil é o que mais se diferencia da execução comum. Decorrido o prazo de quinze dias sem o cumprimento da sentença, e sendo cabível a medida – a partir das regras do meio idôneo e da menor restrição possível –, o credor poderá requerer a execução sob pena de coerção pessoal do devedor, indicando o montante devido.

Intimado o devedor, terá a oportunidade de, em três dias, pagar, provar que já adimpliu a obrigação ou justificar a impossibilidade de fazê-lo (art. 733 do CPC). Ou seja, ainda que ao devedor já tenha sido outorgado o prazo de quinze dias para o pagamento, novamente se confere ao devedor a oportunidade de pagar, provar que já o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Isto acontece porque agora não se está apenas exigindo o cumprimento da sentença, mas sim ameaçando a liberdade do devedor.

Embora não esteja expresso na lei, o devedor também poderá, nesta oportunidade, apontar eventuais defeitos processuais da demanda, especialmente quando o juiz as possa examinar de ofício. Efetuado o pagamento, encerra-se o procedimento.

---

[23] Aliás, no mesmo crime incorrerá este sujeito se deixar de prestar informações necessárias à instrução da execução da prestação alimentícia (art. 22, Lei 5.478/68).

Se o devedor optar por justificar ou fazer prova da quitação, deverá o juiz examinar a escusa ou a prova, aceitando-a ou não.

A justificativa apenas pode dizer respeito à *impossibilidade temporária* de pagar a prestação alimentar. Tratando-se de impossibilidade *definitiva*, cabe ao devedor propor a competente ação para ver reduzido ou mesmo extinto o seu dever alimentar. Não bastará ao devedor alegar a "impossibilidade", tendo o ônus de provar esta circunstância.[24] O devedor poderá justificar a impossibilidade de pagar, demonstrando não ter dinheiro. Neste caso, como é óbvio, não há como admitir a prisão civil.[25]

Acolhida a justificativa, a execução somente poderá ser patrimonial, realizando-se pela via da expropriação. Rejeitada a justificativa – ou não tendo o devedor se manifestado –, o juiz deve intimar o autor para que reafirme a oportunidade da prisão civil. Entende-se que, antes de decretar a prisão, o juiz deve consultar o autor, considerada a questão emocional em regra presente – especialmente nas questões de direito de família – e o fato de que o devedor será afastado do seu emprego, o que certamente comprometerá a sua disponibilidade financeira.

Reafirmada a intenção de aplicação da prisão civil, determinará o juiz a sua efetivação, pelo prazo de até noventa dias ou até que se efetue o pagamento do crédito alimentar devido. Vale sublinhar que a prisão só pode ser decretada diante do inadimplemento de crédito estritamente alimentar. Assim, se o devedor *deposita a importância* devida a este título, mas *não paga a multa* de dez por cento – incidente em razão do não cumprimento da sentença no prazo de quinze dias –, os honorários de sucumbência ou as despesas processuais, *não se pode decretar ou manter a prisão.*

O devedor poderá impetrar *habeas corpus* para discutir eventual ilegalidade da prisão decretada, podendo também atacar esta decisão judicial por meio de agravo de instrumento, ao qual o tribunal poderá conferir efeito suspensivo (art. 558 do CPC).

Solto o devedor, após ter sido preso pelo prazo fixado,[26] não resta extinta a sua obrigação de prestar os alimentos (art. 733, § 2.º, do CPC). Neste caso, evidencia-se apenas que a técnica da coerção pessoal não foi idônea para vencer a vontade do devedor, de modo que a execução dos alimentos deverá ocorrer através de outra via. A obrigação persiste, devendo ser empregada outra técnica para a sua efetivação.

[24] "Execução de alimentos. Prisão civil. Cabimento. 1. Não demonstrada a impossibilidade absoluta de pagar a integralidade da dívida alimentar, inclusive em relação às prestações que se vencem no curso do processo, é cabível a prisão civil, que não é medida de exceção, senão providência legal para a cobrança dos alimentos devidos. 2. Não sendo ponderável a justificativa oferecida pelo devedor, cabível a sua intimação para que providencie o pagamento sob pena de prisão civil. Recurso desprovido" (TJRS, 7.ª Câm. Cív., AgIn 70014476394, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 03.05.2006).

[25] Ver Araken de Assis, *Da inexecução de alimentos e prisão do devedor*, p. 140-141.

[26] De outra parte, quando o valor devido é pago, o executado deve ser imediatamente solto, ainda que o prazo não tenha escoado.

1.4.4 *Execução por expropriação*

Na execução por expropriação, aplica-se, em substância, o procedimento previsto para a execução comum. Diante da natureza do crédito alimentar, que não se concilia com a demora da execução que se realiza através da alienação de bens, tem grande importância a penhora *on line*.

Lembre-se que o art. 655, I, do CPC tal como redigido pela Lei 11.382/2006, diz que "a penhora observará, *preferencialmente*, a seguinte ordem: I – dinheiro, em espécie *ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*". Mas, além de penhorar dinheiro depositado em conta-corrente ou em aplicação financeira, o credor – também a partir da Lei 11.382/2006 – pode pedir ao juiz que requisite "à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado", determinando a indisponibilidade do montante devido (art. 655-A).

Ou seja, o alimentando pode requerer ao juiz que requisite, por meio eletrônico, informações ao Banco Central sobre o local em que o devedor tem depósito ou aplicação financeira para que, uma vez determinada a existência de valor disponível em instituição financeira, seja feita a penhora *on line* sobre o montante indicado no requerimento de execução.

O dinheiro penhorado, em valor suficiente à realização da prestação alimentar, pode ser levantado independentemente da prestação de caução, ainda que à impugnação tenha sido atribuído efeito suspensivo.[27]

O art. 732, parágrafo único, do CPC afirma que o credor pode levantar mensalmente a importância da prestação, ainda que apresentados embargos, quando a penhora recair sobre dinheiro. Alguém poderia supor que esta autorização não é mais necessária, haja vista que, diante da sistemática instituída pela Lei 11.232/2005, não cabem mais embargos à execução da sentença condenatória (que tinham o efeito de suspender a execução), mas sim impugnação (art. 475-J, § 1.º do CPC), que não deve ser recebida no efeito suspensivo, enquanto que, a partir da Lei 11.382/2006, os embargos à execução de título extrajudicial "não terão efeito suspensivo" (art. 739-A).

Recorde-se que o juiz pode atribuir efeito suspensivo à impugnação, "desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação" (art. 475-M do CPC). Na mesma linha, afirma o art. 739-A, § 1.º, que "o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes".

[27] O mesmo vale, diante das razões que serão a seguir expostas no texto, para os casos de desconto em folha e de desconto em renda.

Como o art. 732, parágrafo único, do CPC constitui uma regra específica para os alimentos, ela significa, diante da regra geral de que a impugnação e os embargos não suspendem a execução, que a eventual atribuição de efeito suspensivo (art. 475-M e art. 739-A, § 1.º) jamais poderá impedir o levantamento dos alimentos no caso de a penhora ter recaído sobre dinheiro.

Na verdade, ainda que se diga que, ao se atribuir efeito suspensivo à impugnação, o exeqüente pode dar continuidade à execução prestando caução (art. 475-M, § 1.º, do CPC), isto certamente não se aplica aos alimentos,[28] estando, por isso, o exeqüente autorizado a levantar a prestação alimentícia independentemente da prestação de caução.

Os alimentos constituem crédito com função não-patrimonial, sendo imprescindíveis para a realização de uma necessidade primária e imediata. Quem necessita de alimentos não tem condições patrimoniais para prestar caução, não podendo isso constituir empecilho ao levantamento do crédito. De modo que não se pode pensar que a presença dos requisitos ordinariamente suficientes para o juiz atribuir efeito suspensivo à impugnação poderão impedir o levantamento do dinheiro penhorado, ou submeter tal levantamento à prestação de caução.

Como é evidente, se o alimentando sempre pôde levantar a prestação alimentícia sobre o dinheiro penhorado e a exigência de caução é absolutamente incompatível com a necessidade que caracteriza o crédito alimentar, é absurdo supor que agora, quando a inexistência de efeito suspensivo constitui a regra, o preenchimento dos requisitos para a atribuição de efeito suspensivo – previstos no art. 475-M a partir de outra preocupação e certamente com escopo diverso – seja suficiente para impedir tal levantamento ou exigir caução para a sua realização.

[28] Deixe-se claro que, muito antes da Lei 11.232/2005, já era pacífica a idéia de que a caução é incompatível com a situação de quem precisa de alimentos. Anote-se, por exemplo, antiga decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatada pelo Des. Yussef Cahali: "Caução. Execução provisória. Alimentos. Inexigibilidade. Instituto que por sua natureza é incompatível com a condição de quem necessita de alimentos. Recurso não provido" (TJSP, 3.ª Câm. Cív., AgIn 76464-1, rel. Yussef Cahali, *RJTJSP*, v. 107, p. 246). Recentemente, no mesmo sentido: TJRS, 7.ª Câm. Cív., AgIn 70011029071, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 27.04.2005; TJRJ, 4.ª Câm. Cív., Ap. Cív. 2002.002.15066, rel. Des. Elisabete Filizzola, j. 12.11.2002; TJMG, 7.ª Câm. Cív., AgIn 1.0024.01.078510-3/001, rel. Des. Pinheiro Lago, *DJ* 03.09.2004.

2

Execução Contra a Fazenda Pública

2.1 O regime dos pagamentos efetuados pela Fazenda Pública

A Fazenda Pública tem seus bens regidos por disciplina distinta daquela que trata dos bens particulares. Seu patrimônio, porque em princípio afetado a uma finalidade pública, não pode ser livremente alienado ou onerado (art. 100 do CC). Por outro lado, mesmo os bens não destinados a qualquer função pública possuem cautelas especiais para sua alienação (art. 101 do CC e Lei 9.636/98).

Em razão dessa particularidade, a idéia da responsabilidade patrimonial dos débitos da Fazenda Pública deve assumir outra feição, já que seriam totalmente inviáveis a penhora e a alienação judicial, indiscriminadas, de bens públicos. Ainda que se cogitasse da possibilidade de penhora de tais bens, incidiria a proibição de sua alienação (até porque destinados a uma finalidade pública), tornando inútil o procedimento clássico da execução patrimonial.

Ademais, nos termos do que prevê a Constituição Federal, todos os pagamentos devidos pela Fazenda Pública devem limitar-se ao teto previsto nos orçamentos (ou créditos extraordinários adicionais) aprovados pelo Legislativo (art. 167, II, da CF). Assim, os débitos da Fazenda Pública só poderão ser saldados se o montante devido para tanto estiver previamente incluído no orçamento do respectivo órgão.

Todos estes fatores fizeram com que a Constituição Federal dedicasse regime especial para o pagamento de condenações havidas pela Fazenda Pública. Por esta disciplina (art. 100 da CF), todas as dívidas da Fazenda Pública originárias de condenação judicial somente serão pagas mediante *precatório*, expedido pelo Judiciário e dirigido à entidade condenada, que deverá incluir o débito em seu orçamento, para pagamento em futuro exercício financeiro, conforme a possibilidade da pessoa de direito público. Nestes termos, sendo condenada a Fazenda Pública a pagar dinheiro, deverá o Judiciário requisitar à pessoa jurídica de direito público que inclua em seu orçamento valor suficiente para fazer frente à condenação, realizando-se o pagamento na medida da disponibilidade financeira da entidade para os exercícios

futuros. Os valores requisitados serão incluídos no orçamento do ente condenado e pagos conforme a ordem da apresentação dos precatórios.

A este regime estão sujeitas todas as entidades compreendidas no conceito de Fazenda Pública, nos três níveis da federação. Assim, submeter-se-ão a esta disciplina a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Excluem-se deste regime as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de direito privado.

Nos termos do texto constitucional, apenas se esquivam do procedimento de precatórios os créditos de pequeno valor (art. 100, § 3.º, da CF), hoje fixados para a Fazenda Pública federal em sessenta salários mínimos (art. 17, § 1.º, c/c art. 3.º, Lei 10.259/2001). Outrossim, embora pareça desnecessário dizer, o regime de precatórios apenas se aplica para a condenação de *prestação pecuniária* devida pela Fazenda Pública, não incluindo, portanto, imposições de fazer, não fazer ou de entregar coisa.[1]

O art. 100 da Constituição Federal parece apontar para outra exceção, de crédito não submetido ao regime dos precatórios, referente aos créditos de natureza alimentar. Esta norma, já em sua primeira parte, diz que "*à exceção dos créditos de natureza alimentícia*, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios...". Porém, não é essa a orientação pacífica nos tribunais. Segundo entendimento assente no Supremo Tribunal Federal, os créditos de natureza alimentar – aí incluídos os previdenciários, acidentários e ainda as condenações por ato ilícito e vantagens angariadas por servidores públicos – também serão pagos por meio de precatório, com a única diferença de que estes créditos possuem ordem preferencial de pagamento, não se sujeitando à ordem dos créditos comuns.[2]

2.2 Procedimento

A execução contra a Fazenda Pública pode assentar-se em título executivo judicial ou extrajudicial.[3] Também pode dar base a esta execução a sentença proferida

[1] "Ação civil pública. Objetivo. Repasse de verba de orçamento ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e ao Conselho Tutelar. Ajuizamento contra o Município. Obrigação de fazer decorrente de lei e não execução de quantia certa. Inivocabilidade, portanto, de preferência cronológica e de prévia expedição de precatório. Incidência dos arts. 644 e seguintes e não dos arts. 730 e seguintes do Código de Processo Civil" (TJSP, *JTJ* 236/12).

[2] STF, Súmula 655: "A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza". Também no Superior Tribunal de Justiça firmou-se o mesmo entendimento, como se lê na Súmula 144: "Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa".

[3] Segundo a Súmula 279 do STJ, "é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública".

em ação monitória contra a Fazenda Pública.[4] De todo modo, e não obstante o título que sustente a execução contra a Fazenda Pública, ser-lhe-ão sempre inaplicáveis os regimes comuns das execuções de título judicial e extrajudicial, haja vista não apenas as particularidades antes apontadas (no item antecedente), como a circunstância de o CPC ter edificado disciplina própria para a execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731).

É possível indagar sobre o cabimento de execução de decisão provisória contra a Fazenda Pública, especialmente em razão da alusão a sentenças "transitadas em julgado", contida no art. 100, § 1.º, da CF. Há casos em que esta execução é expressamente excluída (p. ex., art. 2.º-B, da Lei 9.494/97), de evidente inconstitucionalidade. Diante do direito fundamental à "duração razoável do processo" (art. 5.º, LXXVIII, da CF), não é possível admitir esta restrição, já que o credor obviamente também possui direito à tutela jurisdicional tempestiva contra a Fazenda Pública. Ademais, a regra constitucional apontada não exclui outros créditos, mas apenas impõe a inclusão no orçamento daqueles originários de sentenças transitadas em julgado. Desde que não haja a expedição do precatório, ou, ao menos, desde que para esta expedição seja exigida caução idônea, na forma do que prescreve o art. 475-O, III, do CPC, nada obsta a admissão da execução de decisão provisória contra a Fazenda Pública.[5]

Não é possível confundir a execução de decisão provisória com a execução de parcela do crédito exeqüendo que não foi impugnada ou controvertida nos embargos à execução apresentados pela Fazenda Pública. Trata-se da hipótese em que os embargos deixam de controverter parte do crédito exigido na execução.

Ora, se o processo deve continuar, não obstante a evidência de parcela do direito, a impossibilidade de execução imediata, evitando a postergação da satisfação deste direito, estaria em total desacordo com os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF) e à duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF). Assim, a execução de parcela do crédito não controvertida nada mais é do que exigência imposta pelos direitos fundamentais processuais sobre a estrutura técnica do processo e a sua compreensão pelo juiz.

O § 2.º do art. 739 – revogado pela Lei 11.382/2006 – aludia claramente a esta situação, assim afirmando: "Quando os embargos forem *parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada*". Esta norma não foi revogada porque se entendeu que não é mais possível a execução da parte do crédito não embargada, mas sim porque

[4] "Ação monitória. Município. Sociedade de economia mista em liquidação. Responsabilidade subsidiária. Legitimidade passiva. Possibilidade jurídica do pedido. Inépcia da inicial. Inexistência. Cálculos. Validade. Consoante a melhor interpretação jurisprudencial, revela-se viável a interposição de ação monitória contra ente público, ressalvadas as devidas adaptações procedimentais. (...)" (TJMG, 7.ª Câm. Cív., Ap. Cív. e Reexame Necessário 1.0079.98.027044-5/001, rel. Des. Edivaldo George dos Santos, *DJ* 15.12.2006).

[5] Ver STJ, 1.ª T., REsp 806132, rel. Min. José Delgado, *DJ* 20.11.2006; STJ, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, AgRg no REsp 843383, *DJ* 20.11.2006.

se tornou *completamente supérflua* em razão da circunstância de que os embargos à execução, inclusive os oferecidos pela Fazenda Pública, *não são mais recebidos no efeito suspensivo* (art. 739-A do CPC). A atribuição de efeito suspensivo aos embargos, após a Lei 11.382/2006, depende da presença de determinados requisitos, previstos no art. 739-A, § 1.º, do CPC.

Note-se que, se a execução não é suspensa pelos embargos, *tanto a parte embargada, quanto a não embargada*, podem continuar a ser executadas. Ademais, o executado, como é óbvio, apenas pode requerer a outorga de efeito suspensivo em relação ao objeto dos embargos – ou à parte do crédito exeqüendo que foi embargada –, *sendo completamente absurdo se pensar na suspensão da execução do crédito não embargado*. Aliás, o § 3.º do art. 739-A foi ainda mais longe, ao dizer que o juiz pode outorgar efeito suspensivo apenas sobre *parte do crédito embargado*, permitindo que o restante, *ainda que embargado*, continue a ser executado.

Melhor explicando: atualmente, não há mais dúvida que o crédito *não embargado pode ser imediatamente executado*, e que a execução, neste caso, é de decisão definitiva e não de decisão provisória. A novidade da Lei 11.382/2006 está em relação à possibilidade de *execução do crédito embargado*. Este crédito poderá ser integralmente executado quando não for atribuído efeito suspensivo aos embargos e, além disto, executado em parte quando o juiz atribuir efeito suspensivo aos embargos apenas em relação a parte do objeto da execução. *Apenas neste último caso* é que existirá "execução provisória" de parcela do crédito exeqüendo.

O procedimento terá início por petição inicial ou requerimento (conforme se trate de execução por procedimento autônomo ou cumprimento de sentença, respectivamente), em que o interessado solicitará a citação ou a intimação (também respectivamente) da Fazenda Pública para oferecer embargos à execução, no prazo de trinta dias.[6]

Não se aplica a regra do art. 188 do CPC – que dá à Fazenda Pública prazo em quádruplo para contestar –, especialmente porque não se trata de defesa. Aliás, também não há de se cogitar em aplicar a regra do art. 191, já que os embargos constituem *processo novo*, cujo prazo para oferecimento não pode ser assimilado ao regime daqueles *internos* a processos já instaurados. O prazo de trinta dias será contado da juntada aos autos do mandado de citação (ou de intimação, conforme o caso) devidamente cumprido, ao contrário do que ocorre no regime da execução fiscal (art. 16, III, da Lei 6.830/80).

Acompanharão a petição inicial (ou o requerimento) a memória discriminada do cálculo e, se necessário, outros documentos exigidos pela lei (arts. 614 e 615 do

[6] Este prazo era de dez dias, mas foi alterado pela Medida Provisória 1.984-16 (posteriormente Medida Provisória 2.180-35/2001) para trinta dias. Também em relação ao INSS, há regra expressa que amplia para trinta dias o prazo para o oferecimento de embargos à execução (art. 130, Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97).

CPC). A citação da Fazenda Pública não se dá para que possa exercer a faculdade de pagar o débito ou garantir o juízo. Isto porque não se cogita de penhora ou de garantia do juízo neste tipo de execução, até porque se presume que a Fazenda Pública seja sempre solvente.

Também não tem cabimento a *impugnação à execução* (art. 475-L do CPC), porque existe regra específica que autoriza a Fazenda Pública a opor *embargos à execução*, disciplinados pelo regime peculiar desta figura (arts. 736 e ss do CPC). De todo modo, importa frisar que os embargos à execução em geral – e dessa regra não fogem os embargos oferecidos pela Fazenda Pública –, à semelhança do que ocorre com a impugnação à execução, não gozam mais, *ex lege*, de efeito suspensivo (art. 739-A do CPC). Isso significa dizer que, ao menos em princípio, poderá o juiz autorizar o prosseguimento da execução contra a Fazenda Pública, expedindo-se de imediato o precatório.

O procedimento dos embargos à execução é exatamente igual àquele que rege os embargos à execução em geral. A única ressalva diz respeito à limitação da matéria que pode ser alegada neste processo. A Fazenda Pública só pode alegar em seu favor, nos embargos à execução, as matérias elencadas no art. 741 do CPC, sendo caso de indeferimento liminar da petição inicial a extrapolação deste rol taxativo.

Outrossim, é preciso salientar que não há reexame necessário no julgamento dos embargos à execução, ainda quando a sentença venha a prejudicar a Fazenda Pública.[7] Julgados improcedentes os embargos, seguirá a execução seus trâmites regulares, com a expedição de precatório.

Inexiste espaço, neste procedimento, para avaliação, alienação ou outros atos típicos da execução comum. O procedimento é arredio a isto, sendo sua função apenas a de examinar o cabimento ou não da expedição de requisição (à entidade condenada) de inclusão no orçamento de valor suficiente para o pagamento da condenação.

2.3 Regime de precatórios

Como observado, o pagamento das condenações sofridas pela Fazenda Pública se dá a partir de créditos incluídos em orçamento, o que se faz através de *precatórios*. Esses são expedidos pelo juiz da execução, nos casos de não apresentação ou não atribuição de efeito suspensivo aos embargos, ou ainda quando esses forem julgados improcedentes (art. 730 do CPC).

[7] Este é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. Ver, por exemplo, STJ, 6.ª T., REsp 197455/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJU* 04.12.2006. Argumenta-se que não cabe o reexame necessário porque o inciso II do art. 475 apenas trata dos embargos em execução fiscal. Embora esta conclusão seja correta, a sentença que julga improcedentes os embargos opostos pela Fazenda Pública é "sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público" (art. 475, I), de modo que, nesta perspectiva, não haveria razão para não admitir o reexame necessário.

O precatório se assemelha a uma carta de sentença, com a diferença de que sua função não é a de iniciar procedimento judicial, devendo ser enviado à entidade condenada para a inclusão do valor necessário no orçamento respectivo.

Cabe ao juízo da execução a elaboração do precatório e o seu encaminhamento ao presidente do Tribunal (a que está sujeita a decisão exeqüenda), que repassará a requisição ao ente condenado para inclusão em orçamento. A atividade realizada pelo presidente do Tribunal é meramente administrativa,[8] limitada ao exame dos aspectos formais do precatório e ao controle da sua ordem cronológica, com a aplicação de eventuais sanções decorrentes de sua violação (ver *infra*). Por isso, não se cogita de coisa julgada nesta atividade, que pode ser controlada por via jurisdicional própria.

Os precatórios apresentados até 1.º de julho deverão ser obrigatoriamente incluídos no orçamento da entidade, para pagamento até o final do exercício seguinte (art. 100, § 1.º, da CF). Esta obrigatoriedade é limitada pela disponibilidade orçamentária do ente condenado (art. 100, § 2.º, da CF). Assim, eventualmente, mesmo os precatórios apresentados até a data de 1.º de julho poderão não ser pagos no exercício financeiro seguinte, por conta de insuficiência de recursos para saldar todos os débitos, ficando postergados para o exercício financeiro subseqüente. Por seu turno, os precatórios apresentados após 1.º de julho serão encaminhados para inclusão no orçamento seguinte ao próximo, preservando-se assim a ordem nos pagamentos devidos.

Em razão deste sistema, não será raro encontrar casos de precatórios que demorem anos para serem pagos. Tudo dependerá da importância destinada no orçamento para pagamento de precatórios requisitados pelo Poder Judiciário. Como os cofres públicos são limitados, havendo insuficiência para quitação de todos os precatórios expedidos, estes ingressarão na "fila" do exercício financeiro subseqüente, e assim sucessivamente, até que se dê o integral pagamento das dívidas assumidas. É verdade que a Constituição Federal autoriza a intervenção da União nos Estados (e destes nos Municípios) quando o ente federado deixar de pagar, por dois anos consecutivos, dívida fundada (arts. 34, V, *a*, e 35, I, da CF), autorizando ainda tal medida extrema para assegurar o cumprimento de decisão judicial (arts. 34, VI, e 35, IV, da CF). Todavia, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que esta medida não pode ser autorizada, se a razão do não pagamento do precatório se dá por insuficiência dos cofres públicos, considerando que os entes da Federação têm outros compromissos a serem enfrentados, não podendo destinar todos seus recursos à satisfação de condenações judiciais.[9]

[8] Súmula 311 do STJ: "Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional".

[9] Ver, entre outros, STF, IF 2737/SP, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 22.08.2003; STF, IF 2900/SP, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 22.08.2003; STF, IF 2908/SP, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 22.08.2003, p. 28.

De todo modo, o valor originário do precatório dever ser sempre atualizado até a data do efetivo pagamento (art. 100, § 1.º, da CF), de modo a não dilapidar o direito do credor. A determinação de correção até o pagamento – incluída pela Emenda Constitucional 30/2000 – sana defeito antigo do regime de precatórios, que impunha a expedição de precatórios complementares exatamente para permitir a compensação pela demora no pagamento do primeiro precatório. Hoje, com a ordem de atualização até o pagamento, proíbe-se a expedição de precatórios complementares (art. 100, § 4.º, da CF), já que nada mais haverá a ser reclamado, uma vez efetuado o pagamento.[10]

O pagamento dos precatórios será efetuado a partir da ordem cronológica da sua apresentação. Recorde-se que há ordem distinta para pagamento de precatórios decorrentes de créditos de natureza alimentar, que têm prioridade sobre os demais, obedecendo a ordem cronológica própria.

Eventual burla à ordem dos precatórios confere ao sujeito preterido o direito ao *seqüestro* da quantia necessária para a satisfação do seu crédito. Este seqüestro – que não pode ser determinado de ofício, mas apenas a requerimento do credor preterido – será determinado pelo presidente do Tribunal que encaminhou o precatório e terá por finalidade tomar valor suficiente para o pagamento do crédito preterido, em princípio do montante pago ao credor indevidamente beneficiado, e, na sua impossibilidade, de rendas públicas do ente infrator.

Não há como deixar de ver que há relação direta entre o prejuízo do credor preterido e o benefício ilegalmente concedido, de modo que tal prejuízo deve ser corrigido mediante a retirada do dinheiro do patrimônio daquele que desrespeitou a ordem dos precatórios. Até porque, ao se obrigar o ente público a pagar o credor preterido, esquecendo-se do sujeito indevidamente beneficiado, incentiva-se o desvio dos pagamentos, praticamente aceitando-se a manobra do particular.[11]

[10] Nos termos do que prevê o art. 78 do ADCT, o pagamento dos precatórios e ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 – salvo daqueles de natureza alimentar e dos definidos como créditos de pequeno valor – serão "liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescidos de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos". Quando se tratar de precatórios oriundos de desapropriação de único imóvel residencial do credor, o prazo em questão passa a ser de dois anos (art. 78, § 3.º, do ADCT). Não sendo paga a parcela anual respectiva, o valor correspondente terá "poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora".

[11] "Dizer que o seqüestro não pode atingir o dinheiro com o qual se beneficiou o credor que desrespeitou a ordem, mas apenas o dinheiro da Fazenda Pública, é incentivar o desvio dos pagamentos. Não há como partir da premissa de que o credor preterido não é interessado na legalidade da disposição do patrimônio público, para concluir que o único que poderia combater tal desvio seria o Ministério Público. Essa forma de pensar esquece que o particular também tem responsabilidade perante o patrimônio público – daí, aliás, a sua legitimidade para a ação popular. Ora, se não há como negar a importância da participação do cidadão, por meio do processo jurisdicional, para a correção dos desvios na gestão da coisa pública, é absolutamente equivocado

Sujeito passivo do pedido de seqüestro será – conforme se trate de seqüestro de crédito indevidamente pago ou de rendas públicas outras – o credor que *per saltum* recebeu seu crédito antecipadamente ou a própria Fazenda Pública. O requerimento – que obedecerá aos requisitos do art. 282 do CPC – será dirigido ao presidente do Tribunal que encaminhou o precatório, ouvindo-se então o requerido e o Ministério Público (art. 731 do CPC). Ao decidir o pedido, o presidente do Tribunal determinará o seqüestro da quantia necessária à satisfação do crédito ostentado pelo requerente.

2.4 Requisição de pagamento

O regime acima visto não se aplica aos créditos de pequeno valor, ressalvados pela regra do art. 100, § 3.º, da CF. Isto significa que estes créditos – hoje estabelecidos para a Fazenda Pública Federal em sessenta salários mínimos – não estão sujeitos ao regime de precatórios, nem à forma da execução contra a Fazenda Pública, disciplinada pelos arts. 730 e 731 do CPC.

Tais créditos são saldados diretamente pela entidade devedora, por meio da expedição de *ofício requisitório*, pelo juízo da condenação. O procedimento é disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais Federais e é muito mais simples do que o dos precatórios.

Não há propriamente um procedimento para a "execução", limitando-se o juiz a requisitar do condenado o montante suficiente a saldar o crédito fixado em sentença. De acordo com o art. 17 da Lei 10.259/2001, havendo condenação transitada em julgado de crédito de pequeno valor devido pela Fazenda Pública, deve o juiz expedir ofício requisitório ao ente devedor. Como o art. 17 exige o trânsito em julgado, descabe a execução de decisão provisória desta espécie de crédito.

Requisitado o pagamento, a entidade condenada terá o prazo de sessenta dias para providenciar o pagamento, mediante depósito em agência da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, à disposição do juízo. Não atendida a requisição judicial, poderá o juiz determinar o seqüestro da quantia suficiente a saldar o crédito devido (art. 17, § 2.º). Deixe-se claro que este seqüestro não se presta para atacar eventual violação na ordem de pagamentos da Fazenda Pública, mas sim para dar efetividade à decisão judicial, que, ainda que tenha determinado o pagamento, não foi cumprida pelo devedor.

O regime em questão, altamente simples e eficaz, somente se aplica aos créditos de pequeno valor, não podendo ser utilizado para atender a condenação de valor superior, ainda que mediante o fracionamento da condenação, isto é, pedindo-se o

supor que o credor preterido pode esquecer a necessidade de proteção do patrimônio público. Se o credor *pode pedir a satisfação do seu crédito sem trazer gravame ao dinheiro público*, é claro que o atingido deve ser o particular ilegalmente beneficiado" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 666).

pagamento de parcela da condenação mediante requisição de pagamento e o restante através de precatório. O art. 17, § 3.º, da Lei 10.259/2001, afirma textualmente que são vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no § 1.º deste artigo, isto é, através de mera requisição de pagamento, e, em parte, mediante a expedição de precatório.[12]

[12] Há casos em que não se pretende a cobrança de quantia em dinheiro, mas sim que o Poder Público seja obrigado, por exemplo, a implantar determinado reajuste em folha de pagamento. "Nesse último caso, como não se pretende o pagamento de soma em dinheiro, não há razão para pensar em execução por precatório ou em execução de soma mediante simples requisição de pagamento e 'seqüestro' (esta última cabível nos casos de obrigações de pequeno valor). Se o que se pretende é apenas que o Poder Público implante na folha de pagamento determinado reajuste, deseja-se meio executivo que seja capaz de garantir o devido pagamento para o futuro. É possível pedir que o juiz ordene a implantação de reajuste não somente por meio do mandado de segurança, mas também mediante ação fundada no art. 461 do CPC. Neste sentido, por exemplo: STJ, 5.ª T., REsp 302624/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* 21.10.2002. Lembre-se que a multa pode ser utilizada em relação ao Poder Público especialmente nos casos em que se deseja entrega de coisa, fazer ou não-fazer (STJ, 5.ª T., AgRg no Ag 801351/DF, rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* 18.12.2006). Não importa que, no caso de reajuste, o fazer deva implicar em pagamento. *É que a prestação jurisdicional, nessa hipótese, não condena a pagar. A sentença ordena a fazer*" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 661-662). Note-se, por outro lado, que o problema da efetividade do uso da multa em relação ao Poder Público repousa na sua própria natureza. "Se a multa tem por meta compelir o réu a cumprir, é evidente que a sua efetividade depende da sua capacidade de intimidação e, assim, somente pode incidir *sobre uma vontade*. Caso a multa incidir sobre a pessoa jurídica de direito público, apenas o seu patrimônio poderá responder pelo não-cumprimento da decisão. Entretanto, não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, *se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público*. Se a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo *se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional*. Não há procedência no argumento de que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa derivada de ação em que foi parte apenas a pessoa jurídica. É que essa multa somente poderá ser imposta se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, *não der atendimento à decisão*. Note-se que a multa somente pode ser exigida *da própria autoridade que tinha capacidade para atender à decisão* – e não a cumpriu. A tese que sustenta que a multa não pode recair sobre a autoridade somente poderia ser aceita se partisse da premissa – completamente absurda – *de que o Poder Público pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público*" (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 661-662).

Parte VIII

A EXECUÇÃO DOS DEMAIS TÍTULOS JUDICIAIS

1

Os Outros Títulos Judiciais

1.1 Introdução

A sentença civil condenatória representa, inquestionavelmente, o principal título executivo judicial, não apenas por seu elo histórico com a execução, mas também pela sua freqüência no trato forense. Por isto, a estrutura da execução de títulos judiciais é pensada, sobretudo, para a satisfação das obrigações reconhecidas por esta espécie de sentença.

Todavia, a sentença condenatória não exaure o campo dos títulos judiciais. Como se vê do elenco do art. 475-N, há outros documentos concebidos como títulos judiciais, que também se sujeitam – salvo algumas variações – ao regime do cumprimento de sentença.

A caracterização de um título como judicial não exige que a sua formação ocorra no seio do Poder Judiciário. Há documentos tipificados como títulos judiciais gerados fora da estrutura da função jurisdicional do Estado, como é o caso da sentença arbitral.[1]

Outrossim, a submissão destes títulos ao regime do cumprimento de sentença não é perfeita. Há diferenças sutis, decorrentes da natureza destes títulos.

Ademais, há títulos judiciais que não estão arrolados no art. 475-N, como a sentença condenatória da ação coletiva. Este título, examinado no volume 2 deste

[1] Ao lado disso, há decisões judiciais a que o legislador emprestou a qualificação de títulos extrajudiciais, como se vê do art. 585, VI, do CPC.

Curso de processo civil,[2] possui particularidades que fazem com que a aplicação do regime do cumprimento da sentença se dê apenas parcialmente, especialmente quando ocorrer execução individual do título coletivo. Outro título não previsto no art. 475-N, e que também possui regime distinto, é a sentença condenatória proferida em juizado especial. A execução deste título se dá segundo os critérios previstos nas Leis 9.099/95 (art. 52) e 10.259/2001 (arts. 16 e 17).

1.2 A sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 475-N, II, do CPC)

Sabe-se que os juízos civil e penal são independentes, de modo que a decisão proferida em um, em regra, não opera efeitos no outro. Porém, há exceções a este regime, estando presente aqui uma delas.

Constitui efeito secundário da condenação criminal o de impor a reparação do dano causado pelo crime (art. 91, I, do CP). Este efeito independe de declaração explícita na sentença penal condenatória, decorrendo da própria lei (efeito anexo da sentença). Todavia, tal efeito apenas decorre da sentença penal *transitada em julgado*, não existindo se ainda pende recurso (ainda que sem efeito suspensivo) contra a condenação.

Em princípio, apenas a sentença de condenação penal gera o efeito anexo de impor a reparação do dano causado pelo crime. Não se presta a tanto a sentença de pronúncia, nem os provimentos concedidos em medidas de urgência no processo penal. A sentença criminal que aplica medida de segurança representa hipótese de sentença penal *absolutória*. Todavia, em seu bojo há o reconhecimento do fato ilícito e a indicação da sua autoria, estando presentes os requisitos necessários para caracterizar o direito à indenização (art. 935 do CC). Por isto, também ela, embora não constitua propriamente uma sentença penal condenatória, é título executivo e autoriza execução na esfera cível, dispensando a propositura de ação ressarcitória.

Para a executividade, é irrelevante o reconhecimento de prescrição retroativa,[3] bem como a concessão de eventual perdão judicial ou anistia,[4] após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A sentença penal *absolutória* também pode constituir título executivo judicial, mas por fundamento distinto. Esta sentença, ao condenar ao pagamento das verbas de sucumbência, fará surgir título executivo, mas aí apenas em favor do advogado.[5]

Ademais, o título executivo só se forma em prol da vítima[6] ou de seus sucessores, não beneficiando terceiros, que deverão propor ação ressarcitória no juízo cível para

[2] *Processo de conhecimento*, cit., Parte V.

[3] STJ, 4.ª T., REsp 722429/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* 03.10.2005, p. 279.

[4] Sérgio Shimura, *Título executivo*, p. 227.

[5] STJ, 2.ª T., REsp 493003/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 14.08.2006, p. 267; STJ, 1.ª T., REsp 602005/RS, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 26.04.2004, p. 153.

[6] Que, segundo a lei, poderá ser representada pelo Ministério Público no caso de vítima pobre (arts. 68 do CPP e 566, II, do CPC). Este caso de substituição não deve mais ser em regra admitido,

que possam ver seus prejuízos ressarcidos. Do mesmo modo, a sentença penal condenatória não se presta como título contra terceiro que não foi condenado na esfera criminal, ainda que este seja responsável pelo dano.[7] Exige-se que ele seja acionado no âmbito civil. Entende-se que o art. 64 do CPP, ao estender o dever de ressarcir ao responsável civil, afigura-se incompatível com a garantia do devido processo legal, já que este responsável não teve o direito de se defender. Ou seja, apenas o condenado pode ser sujeito passivo de execução fundada em sentença penal condenatória, não se estendendo a eficácia executiva do título ao responsável.[8]

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, não se admite no juízo cível a rediscussão da responsabilidade pelo ato ilícito. Portanto, não é viável rediscutir a culpa ou o nexo causal, limitando-se a cognição judicial a aspectos da própria execução ou ao valor do dano a ser ressarcido.[9] Por conta disto, não cabe ao juízo cível *desconstituir* o título executivo formado na esfera criminal. Não lhe compete, assim, conhecer de temas como a falta ou a nulidade da citação na ação penal ou de outras questões de mérito da condenação, ainda que o tema fosse destes que podem ser examinados de ofício. É que estes assuntos são reservados ao juízo criminal, não podendo o órgão da execução usurpar a sua competência.

Por outro lado, sendo julgada procedente revisão criminal, desaparece o título executivo. Assim, se a execução ainda está em curso, deverá ser extinta. Se já foi concluída, resta ao executado que já pagou o valor exigido recobrar o montante por ação de repetição de indébito, onde se admitirá ao primitivo credor demonstrar a existência dos pressupostos que ensejam a responsabilidade civil para manter as conseqüências da execução havida.

1.3 A sentença homologatória de conciliação ou de transação (art. 475-N, III, do CPC)

Também constitui título executivo judicial a sentença homologatória de conciliação ou de transação, "ainda que inclua matéria não posta em juízo". A sentença constituirá título executivo se o acordo homologado incluir dever de prestar.

Relevante no inciso III do art. 475-N é a observação posta ao seu final, de que a homologação pode incidir sobre questões que não constituem o objeto do processo.

na medida em que a representação de necessitados hoje está a cargo da Defensoria Pública. Porém, nos locais em que esta instituição não existe e não há outra forma de patrocinar a pessoa carente, ainda deverá ser admitida a representação do Ministério Público na ação civil *ex delicto*.

[7] STJ, 3.ª T., REsp 343917/MA, rel. Min. Castro Filho, *DJU* 03.11.2003, p. 315; STJ, 4.ª T., REsp 109060/DF, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 12.05.1997, p. 18.813.

[8] Há, todavia, decisão do STJ admitindo a execução do Estado em hipótese em que seu servidor foi condenado por crime (STJ, 1.ª T., REsp 34352/SP, rel. p/ acórdão Min. Demócrito Reinaldo, *DJU* 13.06.1994, p. 15.087).

[9] STJ, 3.ª T., REsp 416846/SP, rel. Min. Castro Filho, *DJU* 07.04.2003, p. 281.

Ou seja, o acordo judicial obtido poderá versar sobre o *thema decidendum* da causa, mas também sobre outras matérias, não discutidas no processo, porém de interesse das partes.

Note-se que, em termos precisos, não é a sentença judicial homologatória o título executivo. Esta sentença limita-se a conferir a qualidade de ato jurídico perfeito ao acordo realizado, de modo que este conjunto é que constitui o título que autoriza a execução. A sentença homologatória, de outra banda, não está sujeita à coisa julgada material (art. 486 do CPC), de modo que não se torna, em si, indiscutível, até porque não possui declaração alguma sobre relação jurídica. O que se torna indiscutível, na realidade, é o acordo celebrado pelas partes, que é reconhecido como *ato jurídico perfeito* pela sentença homologatória.

Havendo defeito na manifestação de vontade das partes que vicie o acordo, o tema, obviamente, poderá ser suscitado por ação anulatória do ato jurídico (art. 486 do CPC), em que eventualmente poderá ser determinada a suspensão da execução. A questão, é claro, não pode ser apresentada na impugnação à execução, porque não prevista na relação do art. 475-L e também porque extravasa os estreitos limites da cognição da execução.

Por outro lado, alguns dos temas que seriam alegáveis na impugnação (como é o caso da inexistência e da nulidade de citação) não têm cabimento em relação a este título, já que a existência do acordo pressupõe a participação de ambas as partes, suprindo-se qualquer defeito da fase de conhecimento.

1.4 A sentença arbitral (art. 475-N, IV, do CPC)

A sentença arbitral é título formado fora da estrutura jurisdicional do Estado, à qual o legislador emprestou eficácia *semelhante* à da sentença civil condenatória. Quando incluir *prestação pecuniária*, será executada pelo regime do cumprimento de sentença diante do órgão jurisdicional que seria competente para julgar o litígio – caso houvesse sido levado ao Poder Judiciário –, definido pelo árbitro.

A sentença arbitral não é um título executivo judicial "puro".[10] A defesa do executado, neste caso, não está limitada ao contido no art. 475-L. Ao contrário, a Lei de Arbitragem, no art. 33, § 3.º, afirma que o executado poderá se defender contra a execução da sentença arbitral invocando qualquer dos fundamentos arrolados nos incisos do seu art. 32.[11] Ou seja, na impugnação, além das matérias previstas no art. 475-L, o executado poderá alegar a nulidade da sentença arbitral se: "I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art.

[10] Ver o presente *Curso de processo civil* (*Processo de conhecimento*, cit., v. 2, Parte VI, item 9).

[11] A remissão ao art. 741 do CPC e aos "embargos do devedor", contida no art. 33, § 3.º, da Lei de Arbitragem, está evidentemente desatualizada, referindo-se ao regime existente na época da edição desta lei.

26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2.º, desta Lei" (art. 32 da Lei de Arbitragem).

Por outro lado, o prazo de quinze dias para o cumprimento voluntário da sentença, estipulado no art. 475-J, não se aplica à sentença arbitral. É que, conforme estabelece o art. 26, III, da Lei de Arbitragem, cabe aos árbitros estabelecer o prazo em que a sentença arbitral deve ser cumprida, não prevalecendo, assim, o prazo legal de quinze dias.

1.5 O acordo extrajudicial homologado judicialmente (art. 475-N, V, do CPC)

Também é arrolado como título judicial o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, desde que submetido à homologação judicial. Aqui, ao contrário do que ocorre com o título previsto no inciso III do art. 475-N, o acordo não é celebrado no curso de uma ação judicial, mas sim fora do processo. Há realização de acordo extrajudicial sobre certo litígio, que posteriormente é levado ao Poder Judiciário apenas para que lhe seja conferida eficácia semelhante à da sentença condenatória.

Caberá ao juiz, neste caso, somente verificar a satisfação dos requisitos formais do acordo (capacidade dos sujeitos, disponibilidade do objeto e satisfação de eventual forma exigida). Presentes estes requisitos, deverá homologar o acordo. Ausentes, recusará a chancela judicial. Note-se que somente o acordo (ou a parte dele) que reflete dever de prestar constitui título executivo e se sujeita à execução.

De todo modo, valem para este caso as observações feitas quando da análise da sentença homologatória, especialmente no que concerne à possível anulação do título – por via autônoma – quando se verificar vício do consentimento na realização do acordo.

Porque aqui a vontade das partes faz surgir o título executivo, obviamente não se admite que o executado possa invocar na impugnação o inciso I do art. 475-L. Como o executado é parte direta na transação, não há como pensar na ausência da sua citação. Porém, o executado poderá alegar a falta da sua citação no procedimento de homologação judicial (art. 1.105 do CPC) quando este tiver sido iniciado por apenas um dos transatores.

1.6 A sentença estrangeira homologada pelo STJ (art. 475-N, VI, do CPC)

Em regra, não têm valor no território nacional as decisões judiciais de outros países. Trata-se de expressão da soberania nacional a idéia de que o Estado brasileiro

apenas reconhece os atos judiciais emanados de suas autoridades, ou, pelo menos, reconhecidos por suas autoridades judiciárias. Em certos casos, porém, admite-se que a decisão estrangeira possa ser internalizada no direito nacional. Isto se dá nos casos em que a lei brasileira reconhece a concorrência de jurisdições entre o Estado brasileiro e o Estado estrangeiro (art. 88 do CPC). Exclui-se, por outro lado, a possibilidade desta ocorrência nas situações de competência exclusiva da jurisdição nacional, arroladas no art. 89 do CPC.

De toda sorte, quando admissível, a sentença estrangeira pode ser reconhecida e ter eficácia no Estado brasileiro, desde que se submeta a procedimento de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.[12] A homologação pode ser total ou parcial e depende da existência de certos requisitos na sentença a ser internalizada (arts. 4.º, § 2.º, e 5.º da Resolução 9/2005 do STJ).

A execução da sentença estrangeira homologada será feita por carta de sentença – tirada do procedimento de homologação – e tramitará perante a Justiça Federal (art. 13 da Resolução 9/2005 do STJ), determinando-se a competência com base nos critérios regulares, postos no CPC ou em leis especiais (a exemplo do art. 26 da Lei 5.478/68).

Porque o título se sujeita a prévio exame do Superior Tribunal de Justiça, não poderá o executado se defender alegando defeitos no título ou nos procedimentos de sua formação (no estrangeiro) e de homologação (perante o Superior Tribunal de Justiça). Não tem cabimento, portanto, a alegação de falta e nulidade de citação no processo de conhecimento – já que isto teria sido argumento a ser utilizado para negar homologação à sentença estrangeira (art. 5.º, II, da Resolução 9/2005 do STJ), estando a questão preclusa – ou inexigibilidade do título – que também é matéria que apenas o Superior Tribunal de Justiça poderia apreciar. Enfim, é fundamental que o juízo da execução note a necessária cisão existente na apreciação de eventuais defeitos da execução, somente lhe competindo apreciar questões referentes ao processo da execução, ao valor da dívida (apenas se por ele o título foi liquidado) e à responsabilidade patrimonial. Os demais temas já foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Poder Judiciário estrangeiro, de onde é oriundo o título.

Vale lembrar, ainda, que algumas sentenças estrangeiras independem de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para serem executadas no território nacional. Assim ocorre, por exemplo, com as decisões que fixam alimentos, que podem ser imediatamente executados no Brasil se o devedor aqui residir, independentemente de prévia chancela.[13]

---

[12] A atribuição para esta função era, até a Emenda Constitucional 45/2004, do Supremo Tribunal Federal. A partir daí, porém, esta competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, com exclusividade (art. 105, I, *i*, da CF).

[13] Ver art. 3.º, 1, do Dec. 56.826/65, que aprova a Convenção de Nova Iorque sobre Alimentos, e especialmente o art. 13 da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (aprovada pelo Dec. 2.428/97). Segundo o último preceito, "a verificação dos requisitos acima

1.7 O formal e a certidão de partilha (art. 475-N, VII, do CPC)

O inventário – procedimento consistente na arrecadação de bens de pessoa falecida e de partilha entre os seus sucessores – culmina com a sentença homologatória da partilha dos bens. Essa sentença é, posteriormente, representada pelo formal ou pela certidão de partilha (art. 1.027 do CPC), a ser entregue aos herdeiros para possível transferência de domínio dos bens.

Constando, no formal ou na certidão de partilha, obrigação de prestar de um herdeiro a outro, existirá título judicial. Se esta obrigação for de pagar quantia, o título executivo será capaz de subsidiar execução por quantia certa.

Note-se que o título só existe em "relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal" (art. 475-N, VII, do CPC), não se prestando contra terceiros. Ademais, nem todo formal ou certidão de partilha, ainda que relativo apenas às partes do processo de onde emanou, possui eficácia executiva. Na partilha feita em separação judicial, ainda que uma parte se obrigue diante da outra, não há título executivo judicial, uma vez que o efeito executivo do art. 475-N, VII, opera apenas em "relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal".

A Lei 11.441/2007, ao tratar do inventário extrajudicial, não considera a situação retratada no art. 475-N, VII. Esta lei autoriza a partilha de bens mediante escritura pública. Mas não equipara esta escritura ao título executivo instituído no art. 475-N, VII. Recorde-se que só a lei pode criar títulos executivos. Assim, não cabe pensar a escritura pública de partilha como título executivo judicial, nos moldes do previsto no art. 475-N, VII.

---

indicados [referindo-se aos requisitos formais para a admissão da eficácia extraterritorial da sentença estrangeira que fixa obrigação alimentar] caberá diretamente ao juiz a quem corresponda conhecer da execução, o qual atuará de forma sumária, com audiência da parte obrigada, mediante citação pessoal e com vista do Ministério Público, sem examinar o fundo da questão".

2

A Execução por Quantia Certa

2.1 Introdução

Em linhas gerais, a execução destes títulos se dá com base nos mesmos critérios que servem à execução da sentença condenatória. Porém, há algumas variantes que merecem atenção.

2.2 A liquidação dos títulos

Questões particularmente relevantes concernem à liquidação da sentença penal condenatória. O Código Civil apresenta diversas regras que tratam do tema, regulando a extensão dos danos indenizáveis em razão da prática de ato ilícito. O art. 948 do CC estabelece que, em caso de homicídio, a indenização abrangerá, além de outros prejuízos, o pagamento de despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, bem como a prestação de alimentos àqueles a quem o falecido os prestava (ou deveria prestar), até o limite da duração razoável da vida da vítima. Por outro lado, diz o art. 949 do CC que, no caso de lesões corporais ou ofensa à saúde, o valor da indenização incluirá o montante das despesas de tratamento e os lucros cessantes até o restabelecimento da vítima, sem desconsiderar eventuais outros prejuízos por ela sofridos e pensão, esta devida no caso de defeito que impossibilite ou reduza a capacidade da vítima em trabalhar (art. 950 do CC). Em delitos patrimoniais que resultem no desapossamento de bem (*v.g.*, furto, roubo, apropriação indébita), além de restituir a coisa (ou o seu valor em dinheiro), o infrator é obrigado a pagar o valor da deterioração do bem e lucros cessantes (art. 952 do CC). Os danos resultantes de crimes contra a honra serão arbitrados pelo juiz segundo critérios de razoabilidade (art. 953 do CC), o mesmo ocorrendo na hipótese de o ilícito consistir em privação de liberdade e a vítima não puder demonstrar a extensão dos danos sofridos (art. 954 do CC).

A liquidação de sentença arbitral pode ser vista como excepcional. Embora o desejo das partes que procuram a arbitragem revele a intenção de obtenção de sen-

tença que exclua totalmente a jurisdição, solucionando o litígio e fixando o *quantum* devido, é possível que, em tese, a sentença arbitral não seja líquida. Nesta situação, a liquidação da sentença arbitral igualmente deverá observar a disciplina comum, prevista a partir do art. 475-A do CPC.

O parágrafo único do art. 475-N fala que, tratando-se de sentença penal condenatória, de sentença arbitral e de sentença estrangeira, o mandado inicial incluirá a ordem de *citação* do devedor, no juízo cível, para *liquidação ou execução*, conforme o caso. Assim, caso seja necessária a liquidação, deverá ser apresentada petição inicial perante o juízo cível competente, instaurando-se processo novo e autônomo.

Não havendo processo anterior no juízo cível, é impossível pensar em prosseguimento do processo que deu origem ao título que precisa ser liquidado, mas sim em instauração de processo autônomo, no qual se fará a liquidação e, posteriormente, a execução. Nestas hipóteses, o devedor não será *intimado* na pessoa de seu advogado, como prevê o art. 475-A, § 1.º, mas sim *citado* na forma regular.[1]

O devedor somente será *intimado* nos casos de sentença homologatória de acordo, de acordo extrajudicial homologado e de formal ou certidão de partilha (art. 475-N, III, V e VII). Nestes casos a liquidação será feita no processo em que o título executivo teve origem.

2.3 Execução provisória

É rara a possibilidade de execução provisória dos títulos judiciais aqui estudados. A sentença penal condenatória e a sentença arbitral certamente não se sujeitam a este regime. O art. 475-N, II, é expresso no sentido de que a sentença penal condenatória somente é título executivo após ter transitado em julgado. A Lei de Arbitragem dá à parte apenas a possibilidade de pedir ao juízo arbitral que corrija erro material, que esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral ou que se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão (art. 30, I e II, da Lei da Arbitragem). De qualquer forma, durante o processamento destes incidentes, a Lei de Arbitragem, até mesmo para ser coerente com a sua própria lógica, não permite a intervenção *jurisdicional* executiva fundada na sentença arbitral impugnada.

Por outro lado, a regra é que só sejam homologadas no Brasil as sentenças transitadas em julgado (art. 5.º, III, da Resolução 9/2005 do STJ).[2] Todavia, admite a jurisprudência a homologação de sentenças que, antes do trânsito em julgado,

---

[1] Nos casos de liquidação por arbitramento e por artigos e, ainda, quando a liquidação por cálculos não se dê pela simples juntada da memória de cálculo com o pedido de execução (ver art. 475-B, §§ 1.º a 4.º, do CPC).

[2] Súmula 420 do STF: "Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado".

fixam alimentos, podendo-se cogitar, em relação a esta situação de direito material, de execução de *decisão estrangeira provisória*.[3] Perceba-se que a provisoriedade é da decisão estrangeira e não da decisão homologatória, razão pela qual se pode dizer que não há propriamente execução de decisão provisória.

A certidão e o formal de partilha só são expedidos depois do trânsito em julgado da sentença do inventário, de modo que, neste caso, somente pode haver execução de título definitivo.

Ainda que se trate de hipótese praticamente acadêmica, é possível conceber a execução da sentença homologatória *provisória*. Neste sentido, é necessário pensar em sentença homologatória impugnada através de recurso não recebido no efeito suspensivo.

2.4 O prazo para cumprimento voluntário e a multa do art. 475-J

Realizada a liquidação do título, inicia-se a execução. Note-se que não tem cabimento, quanto aos títulos judiciais ora analisados, o prazo para pagamento voluntário e a multa do art. 475-J. Isto porque o regime do art. 475-J é apenas aplicado quando o devedor é previamente condenado a pagar certa soma em dinheiro no processo civil. Nos títulos em exame não há prévia sentença condenatória civil, de modo que a multa cominada em tal artigo não tem cabimento.

A sentença penal, a homologação de sentença estrangeira ou de acordo, o acordo homologado e o formal e a certidão de partilha não contêm qualquer condenação ou juízo a respeito de dever de pagar soma em dinheiro.

Por outro lado, o local em que é proferida a sentença arbitral é determinado pela vontade das partes, as quais podem dar ao árbitro o poder de fixar prazo específico para o cumprimento da sentença. Caso este prazo não seja observado, somente haverá incidência da multa de dez por cento sobre o montante não pago, se as partes assim convencionarem. O prazo de quinze dias e a multa de dez por cento não se aplicam automaticamente ao procedimento arbitral. Não obstante a regra do art. 31 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral de natureza condenatória, embora constitua título executivo, não pode ser equiparada à condenação civil para o efeito de permitir a aplicação do art. 475-J.

De outra parte, é possível que o ordenamento jurídico de onde é oriunda a sentença estrangeira contenha previsão de multa punitiva. Assim, deverá ser observado o que constou na sentença estrangeira homologada quanto a este mecanismo de exasperação da condenação.[4]

---

[3] Ver STF, Pleno, SE 3726/AU, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* 22.11.1991, p. 16.846.

[4] Ver Marco de Cristofaro, Intervento, *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice – Atti del XXII Convegno Nazionale*, p. 124 e ss.

2.5 O início da execução

O início da execução varia segundo o título judicial em questão e conforme a necessidade de sua liquidação.

a) As sentenças homologatórias de acordo (judicial ou extrajudicial) e o formal e a certidão de partilha são executados, mediante simples requerimento, nos autos em que são prolatados. Admite-se a aplicação do contido no art. 475-P, parágrafo único, do CPC, podendo o credor pleitear que a execução se realize no local em que estão os bens sujeitos à expropriação ou no atual domicílio do executado.

Ultrapassado o prazo eventualmente acordado no título para pagamento voluntário, ou, não existindo tal fixação, decorrido o prazo de quinze dias a que alude o art. 475-J, tem o credor a faculdade de pleitear o início da execução mediante *simples requerimento* ao juiz do processo, solicitando a expedição de mandado de penhora e de avaliação (art. 475-J, *in fine*, do CPC). Este requerimento deverá vir acompanhado da memória do cálculo do valor executado e poderá indicar, desde logo, os bens a serem penhorados.

b) Quando estes títulos necessitam de liquidação, o executado tem, a partir da sua manifesta ciência acerca do valor devido, o prazo fixado no título, ou, na sua ausência, o estabelecido no art. 475-J, para promover o pagamento voluntário da quantia, depositando-a em juízo ou requerendo o seu depósito quando for necessário apurar as custas processuais e os honorários advocatícios devidos. Caso o devedor não faça ou requeira o depósito, poderá o credor solicitar o prosseguimento do processo mediante *simples requerimento*, postulando a expedição de mandado de penhora e de avaliação.

c) Quando o título executivo não é oriundo de processo civil, será instaurado processo novo e autônomo, não importando se é necessária liquidação ou se a execução desde logo é viável. Nas hipóteses de sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira homologada que exigirem liquidação, será proposta ação, instaurando-se o processo mediante petição inicial dirigida ao juiz competente, a qual deverá observar os requisitos do art. 282 do CPC. Nestes casos, o credor apresentará o seu crédito e os motivos que impõem a liquidação. *Citado o réu*, a liquidação observará o trâmite respectivo (arts. 475-A a 475-H do CPC), finalizando por *decisão interlocutória*. Passado o prazo para o pagamento voluntário do *quantum* fixado na decisão, ressalvando-se eventual efeito suspensivo concedido a agravo de instrumento, poderá o credor pleitear a execução mediante simples requerimento, expedindo-se mandado de penhora e avaliação.

d) Tratando-se de sentenças penal condenatória, arbitral e estrangeira homologada que não necessitem de liquidação, também será instaurado processo novo e autônomo, mediante petição inicial de execução.

Embora qualquer destas sentenças possa exigir liquidação, a sentença penal condenatória é a que mais frequentemente dela necessita, sendo que a sentença

estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça em regra a dispensa. Por outro lado, a sentença arbitral, segundo se pressupõe pelo desejo daquele que procura um juízo arbitral e abre mão da jurisdição, em princípio, deve ser líquida, embora também possa, em casos não raros, exigir liquidação.

Quando qualquer destas sentenças dispensar a liquidação, ultrapassado o prazo para o pagamento voluntário, deverá o credor propor ação de execução, oferecendo petição inicial ao juiz competente com a observância dos requisitos do art. 282 (art. 475-P, III, do CPC).

Com a petição inicial será apresentado o título executivo, por cópia ou por certidão ou carta de sentença, já que o original estará encartado em outro lugar, bem como a documentação de praxe (arts. 614 e 615, IV, do CPC), quando for o caso.

2.6 Outras questões pontuais

Apresentado o requerimento de execução ou a petição inicial e estando em termos, será expedido mandado de penhora e avaliação dos bens do executado, seguindo-se o procedimento analisado quando se estudou a execução da sentença condenatória. Se o requerimento ou a petição inicial não obedecer aos requisitos legais e o vício for sanável, determinará o juiz a sua emenda em dez dias (art. 616 do CPC). Corrigido o defeito, dar-se-á início aos atos de execução na forma vista acima. Não atendida a determinação judicial, o pedido será rejeitado, extinguindo-se o processo formado ou, nos casos em que a execução se dá em processo anteriormente instaurado, de onde emanou o título executivo, aguardando-se que outro pleito regular seja apresentado.

Ao admitir a petição de execução, nos casos em que ela se realize por ação ou depois de liquidação autônoma, deverá o juiz arbitrar, de pronto, o valor dos honorários devidos na execução (art. 652-A do CPC).

Também nos casos em que a execução forma processo novo, ultimada a penhora de bens do devedor deverá ser promovida a *citação pessoal* do executado (art. 475-N, parágrafo único, do CPC). Note-se que, em tais casos, o devedor não tem advogado constituído nos autos, o que impede a *intimação do executado, na pessoa de seu advogado*, como prevê o art. 475-J, § 1.º. A citação deve ser por mandado ou edital, proibida a citação por correio (art. 222, *d*, do CPC). Serve à citação o próprio mandado de penhora e avaliação, não sendo necessária a elaboração de mandado específico (art. 475-N, parágrafo único, do CPC).

A citação terá, de todo modo, a mesma finalidade da intimação, ou seja, de comunicar ao executado de que dispõe do prazo de quinze dias para apresentar impugnação. Porém, o devedor poderá promover o imediato pagamento da dívida, deixando de impugnar a execução. Para tanto, contará com o *estímulo* do art. 652-A, parágrafo único, do CPC, que determina a redução pela metade dos honorários advocatícios arbitrados inicialmente, em caso de integral pagamento no prazo de

três dias. Por isto, o mandado ou o edital de citação devem indicar a existência deste benefício. Frise-se que a redução dos honorários somente tem cabimento no caso de *imediato e integral* pagamento da dívida, sendo inviável nas hipóteses de pagamento parcial e de depósito em garantia do valor executado. A idéia é oferecer vantagem ao executado em troco da imediata e completa satisfação do direito do exeqüente.

Tratando-se de execução de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira homologada, obviamente é dispensada a citação em caso de anterior fase de liquidação da dívida, já que, nestas situações, a citação já ocorreu.

No mais, a execução desenvolve-se na forma regular, seguindo o procedimento analisado quando se estudou a execução da sentença condenatória. Eventualmente, alguma questão específica pode ser apresentada, como ocorre, por exemplo, com a inoponibilidade da garantia do bem de família em caso de execução de sentença penal condenatória (art. 3.º, VI, Lei 8.009/90). Porém, serão questões específicas decorrentes do regime próprio a cada um dos títulos em questão.

3

A Execução das Prestações de Fazer, Não Fazer e Entregar Coisa Previstas Nestes Títulos Judiciais

Normalmente, os títulos acima estudados impõem o pagamento de soma em dinheiro. Porém, nada impede que contemplem outros deveres de prestar, como o de entregar coisa ou o de fazer.

Nos casos de sentença homologatória de acordo, de acordo extrajudicial homologado judicialmente e de formal ou certidão de partilhas, a execução destas prestações se dará no próprio processo de onde emanou o título, exigindo-se mero requerimento de execução.

Tratando-se de sentença penal condenatória, de sentença arbitral e de sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, será necessária a propositura de ação, instaurando-se processo novo e autônomo.

Em ambos os casos o executado será citado para, querendo, apresentar impugnação. Nas duas hipóteses (de simples requerimento e de ação), a execução se dará mediante os meios executivos adequados, aí incluída a multa, a substituição do executado por terceiro para a realização do fazer devido, a busca e apreensão e a imissão na posse. Contudo, o mais importante é que a execução, nestes casos, observará o modelo executivo do art. 461, que outorga ao juiz ampla latitude de poder para a imposição do meio executivo adequado. Ou seja, o juiz deverá impor o meio de execução adequado ao caso concreto, o qual deverá configurar, ao mesmo tempo, o meio idôneo à tutela do direito material e o meio que traz a menor restrição à esfera jurídica do executado.

A aplicação do modelo executivo do art. 461 justifica-se em razão de os títulos executivos em questão serem oriundos de decisões judiciais ou de ato a elas equiparados (sentença arbitral). A força de tais títulos não deve ser a emprestada aos atos negociais (como são os títulos executivos extrajudiciais), mas sim a que a lei outorga às manifestações de poder do Estado.

Parte IX

EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS

1

A Distinção entre Condenação e Título Executivo Extrajudicial e sua Conseqüência sobre as Variações Procedimentais das suas Execuções

A execução pode ser iniciada com base em documentos distintos dos títulos judiciais. Por vezes, o legislador empresta eficácia executiva a certos documentos, permitindo que os seus titulares possam acessar a via executiva sem se submeterem ao processo de conhecimento. Tem-se aí a figura dos títulos executivos extrajudiciais.

A eleição de um documento como título executivo extrajudicial deve partir da constatação de que a sua titularidade, em regra, indica a existência do direito de crédito. Ou seja, o legislador, para instituir um título extrajudicial, deve fundar-se no que o documento representa em termos de credibilidade da existência do direito. Os títulos executivos extrajudiciais nada mais são do que atos ou documentos que invocam certa "probabilidade da existência do direito", ou melhor, atos e documentos que podem representar, ainda que de forma não absoluta, boa dose de verossimilhança acerca da existência dos fatos constitutivos do direito.[1] Embora não se tenha certeza sobre a existência do direito, o fato dele estar representado por título extrajudicial é suficiente para dispensar o processo de conhecimento e viabilizar a imediata execução.

Os títulos extrajudiciais são instituídos pelo legislador a partir de uma necessidade social sensível. Assim, além de somente existirem quando previstos em lei, historicamente privilegiam, por conseqüência natural, os créditos das posições sociais que são escutadas pelo Legislativo.[2] A letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque (art. 585, I, do CPC) livram os *empresários* da fase de conhecimento, permitindo-lhes imediato acesso à via executiva. A instituição

---

[1] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 25 e ss.

[2] "Di fatto storicamente il ricorso a questa tecnica è stato (nè, a mio avviso, poteva essere diversamente) influenzato anche dalla opportunità di privilegiare i soggeti reali portatori del titolo ed i relativi diritti (e sintomatico, a tale riguardo, che la stragrande maggioranza dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale è a disposizione di imprenditori commerciali e di Pubbliche Amministrazioni)" (Andrea Proto Pisani, Appunti sulla tutela sommaria, *I Processi Speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi*, p. 318).

como títulos extrajudiciais do crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como de encargos de condomínio (art. 585, IV e V), favorecem ao *proprietário*. Os créditos de serventuário da justiça, perito, intérprete ou tradutor (art. 585, VI), quando tipificados como títulos extrajudiciais, também beneficiam uma específica e determinada classe, que trabalha nos processos judiciais. Por fim, a previsão da certidão de dívida ativa da *Fazenda Pública* (art. 585, VII) como título extrajudicial apenas vem a confirmar a tese de que os títulos extrajudiciais, *em regra*, privilegiam determinadas posições.

A previsão do inciso II do art. 585, especialmente a partir da redação que lhe foi dada pela Lei 8.953/94, segue uma tendência de democratização do processo, já que institui, como títulos extrajudiciais: i) a escritura pública; ii) outro documento público assinado pelo devedor; iii) o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; e iv) a transação referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados das partes. A partir da Lei 8.953/94, estes títulos executivos, que antes apenas podiam contemplar obrigação de pagar quantia certa e de entregar coisa fungível, passaram a abarcar obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. De modo que o art. 585, II, permite que sejam instituídos documentos, diante de diversas situações de direito substancial, capazes de beneficiar os jurisdicionados sem qualquer distinção. Lembre-se, aliás, que Proto Pisani, no direito italiano, sublinhando o princípio da igualdade entre os cidadãos, propõe o alargamento do recurso à técnica dos títulos executivos extrajudiciais para todos os casos em que se esteja diante de um ato ou documento idôneo a fornecer aquele "grau de certeza" historicamente reconhecido como suficiente para instituir um título extrajudicial, independentemente do peso político dos sujeitos que dele poderão usufruir.[3]

Porque estes títulos não gozam das mesmas garantias dos títulos judiciais, não tendo sido formados com atenção às garantias básicas do processo, o rito utilizado para permitir a sua execução não segue os mesmos padrões que orientam a execução de títulos judiciais. Há variações significantes de procedimento, dirigidas especialmente a proteger o suposto devedor contra uma execução injusta. Por isto, é necessária a formação de um processo – até então inexistente – com a convocação formal do executado para participar. É também imperioso oferecer ao executado ampla oportunidade de defesa da execução *e do suposto crédito afirmado pelo exeqüente* (manifestado pelo título), já que não houve o crivo judicial (ou equivalente jurisdicional) anterior a deliberar sobre a existência do direito demandado.

Assim, a execução fundada em título extrajudicial *sempre demandará a instauração de um processo novo*, destinado exclusivamente a realizar o direito representado pelo título executivo. Esta consiste na primeira distinção fundamental entre as execuções fundadas em títulos judiciais e as baseadas em títulos extrajudiciais. Enquanto as

[3] Andrea Proto Pisani, Appunti sulla tutela sommaria, *I Processi Speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi*, cit., p. 318.

execuções de títulos judiciais em regra dispensam a criação de novo processo, ocorrendo no próprio processo do qual emanou o título, a execução de título extrajudicial sempre faz surgir processo novo. Ainda que existam títulos judiciais (como a sentença arbitral ou a sentença penal condenatória) que se realizam por processo autônomo, isto sucede porque não há como dar início à execução sem a instauração de processo civil. Esse processo não se presta a discutir o direito demandado pelo credor, mas apenas a servir como espaço para a realização do direito (para a execução).

De outra parte, como nada há de jurisdicional na formação do título extrajudicial, o procedimento destinado à sua execução abre oportunidade para o executado apresentar ação incidental de conhecimento (chamada de embargos do executado), onde as matérias alegáveis não são restritas pela lei, como acontece com a impugnação, em que apenas podem ser invocados os fundamentos elencados nos incisos do art. 475-L. De qualquer forma, o procedimento da execução de título extrajudicial não tem por escopo essencial a verificação do direito, mas a sua realização, ante o grau de aparência do direito demandado, derivado do documento a que a lei empresta eficácia executiva.

A rigor, os títulos extrajudiciais não tornam dispensável ou impedem a discussão prévia do direito para a sua satisfação coativa. Sua qualidade reside na desnecessidade de propor a ação de conhecimento como condição para a execução do direito. Por outras palavras, o título dá ao seu titular imediato acesso à execução, obrigando o executado a propor ação de conhecimento (embargos do executado) para desconstituir o título extrajudicial. Ou seja, até que o executado desconstitua o título que sustenta a aparência do direito, o exeqüente será tido como titular de um direito de crédito que pode ser executado. Negada a existência do direito pelo julgamento dos embargos do executado, veda-se a satisfação do suposto direito.

Daí a razão fundamental da segunda diferença entre a execução dos títulos judiciais e dos extrajudiciais. A defesa do executado, na execução de títulos extrajudiciais, não se faz mediante simples impugnação, oferecida no seio do procedimento executivo. Aqui a defesa se realiza por meio da propositura de uma *ação de conhecimento autônoma e incidente ao processo de execução*, que objetiva discutir aspectos da execução, do título e do próprio crédito demandado. O executado se tornará autor de uma ação que tem por objetivo desconstituir o título ou o direito demandado ou ainda inviabilizar o processo de execução. Este processo de conhecimento incidente ao de execução é de cognição plena e exauriente. Permite a discussão de qualquer tema (vinculado, obviamente, ao direito postulado na execução) e sua sentença é apta a tornar-se imutável pela coisa julgada.

Há visível distinção entre a execução fundada em condenação e a execução fundada em título extrajudicial. No primeiro caso, há prévia discussão, em procedimento judicial regular, sobre a existência do crédito, enquanto que, no segundo, há apenas um documento, ao qual se atribui aptidão para permitir o início da execução. Não é por outra razão que se confere ao devedor, executado a partir de título executivo

extrajudicial, a possibilidade de discutir a causa do crédito, ao passo que ao condenado apenas são deferidas defesas que não poderiam ser opostas na fase de conhecimento, quando se verificou a existência do crédito expresso na condenação.

Além destas distinções, há várias outras, decorrentes da manifesta diferença entre a tutela pecuniária reconhecida na sentença condenatória e o crédito espelhado no título extrajudicial. Não é por acaso que a sentença condenatória, quando não adimplida, dá origem à multa punitiva de dez por cento (art. 475-J, *caput*) e o inadimplemento de obrigação contemplada em título extrajudicial não gera qualquer multa ao devedor. A sentença condenatória é o resultado de anos de atividade jurisdicional, em que ambas as partes controverteram a respeito da existência do direito e o juiz aprofundou o seu conhecimento sobre as razões por elas apresentadas. Além disto, a sentença é um ato de positivação do poder estatal e, assim, está muito longe de poder ser comparada com ato ou documento identificado como título extrajudicial.

Embora tanto a impugnação à execução da sentença condenatória, quanto os embargos à execução apresentados na execução de título extrajudicial, não tenham o efeito de automaticamente suspender a execução quando são recebidos, tendo o legislador previsto para ambos os mesmos requisitos para a outorga de efeito suspensivo – isto é, a relevância dos fundamentos e manifesto grave dano decorrente do prosseguimento da execução (arts. 475-M e 739-A, § 1.º, do CPC) – é pouco mais do que evidente que a valoração da relevância dos fundamentos para a concessão de efeito suspensivo varia, conforme se trate de impugnação ou de embargos à execução.

Frise-se que a matéria da impugnação, haja vista a anterior prolação de sentença reconhecendo a existência do direito, é bem mais restrita do que aquela que pode ser invocada nos embargos à execução, que permite a alegação de *qualquer matéria* que seria lícito ao devedor "deduzir como defesa em processo de *conhecimento*" (art. 745, V, do CPC). Sendo indiscutível que o embargante pode alegar fundamentos que poderiam ser deduzidos em processo de conhecimento, e que assim são inimagináveis ao impugnante, é evidente que os embargos, na mesma medida em que têm um horizonte de fundamentação *mais amplo*, podem ter aí presentes "relevantes fundamentos" capazes de permitir a suspensão da execução.

Ademais, além de o título extrajudicial não contar com a sanção punitiva do art. 475-J, apenas ele pode se valer da sanção premiativa prevista no art. 652-A, parágrafo único, do CPC. Este parágrafo diz que, caso o devedor atenda prontamente à citação (no prazo de três dias), pagando integralmente o valor devido, a verba honorária fixada pelo juiz, ao receber a petição inicial da ação de execução, deverá ser reduzida pela metade. Esta redução serve de estímulo para o devedor cumprir voluntariamente a prestação de forma imediata e integral.

Diante do silêncio da lei, seria possível dizer que nada é devido a título de honorários de advogado na execução da sentença condenatória. Acontece que, se o advogado obviamente não pode ser obrigado a trabalhar de graça, o autor que executa a condenação não pode sofrer prejuízo ao pagar o seu advogado. Como é evidente,

quem deve arcar com os honorários do advogado do autor é o réu. De modo que o juiz, diante da execução da sentença condenatória, também deve agregar o valor dos honorários ao valor devido e acrescido com a multa de dez por cento, sob pena de violar os direitos fundamentais processuais e, especialmente, o princípio de que o processo não pode prejudicar a parte que possui razão. Aliás, caso isto não ocorra, a multa de dez por cento estará ocupando o lugar que antes era preenchido pelos honorários de advogado, o que não tem qualquer lógica. Chega a ser ridículo pensar que os honorários de advogado são devidos apenas quando há ação. Honorários nada têm a ver com ação, mas apenas com retribuição por trabalho.[4]

Na fase de execução, além de devidos honorários de advogado, não é possível premiar o réu em virtude de pagamento imediato e integral. Na execução da sentença condenatória, trabalha-se com outro tipo de sanção, isto é, com uma sanção punitiva, voltada a estimular o devedor a pagar para não sofrer a multa de dez por cento, e não com uma sanção dirigida a estimulá-lo a cumprir para se beneficiar com a redução do valor a ser pago. A distinção entre as sanções decorre da diferença entre a sentença condenatória e o título extrajudicial, sendo claro que o condenado não merece a mesma espécie de estímulo que o devedor de título extrajudicial.

Na mesma linha do estímulo conferido pelo art. 652-A, parágrafo único, o art. 745-A autoriza o devedor, citado na ação de execução de título extrajudicial, a reconhecer a existência do crédito do exeqüente – depositando imediatamente o equivalente a trinta por cento do valor em execução – *e a requerer o pagamento do restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de juros de um por cento ao mês e correção monetária.*

Este benefício é exclusivo para o devedor de título extrajudicial, sendo inconcebível ao condenado. O condenado inadimplente deve pagar imediata e integralmente o valor da condenação acrescido de multa, sob pena de ver os seus bens imediatamente penhorados e, a seguir, expropriados para a satisfação do credor. Não há racionalidade em estimulá-lo com prêmios.

De qualquer forma, as principais características da execução de título extrajudicial estão na existência de processo autônomo para a execução e de ação de conhecimento, incidental ao processo de execução, para a defesa do executado, em que não há restrição às matérias alegáveis, como acontece na impugnação. Destas características têm-se desdobramentos procedimentais próprios, que serão adiante examinados. Ressalvadas estas peculiaridades, a execução seguirá fundamentalmente as regras já estudadas por ocasião da análise do procedimento da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia.

---

[4] Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, p. 31.

2

Os Títulos Extrajudiciais

SUMÁRIO: 2.1 Introdução – 2.2 Natureza e função dos títulos executivos extrajudiciais – 2.3 Os títulos executivos no direito brasileiro – 2.4 Atributos do título executivo extrajudicial.

2.1 Introdução

Duas observações preliminares merecem ser feitas aqui. A primeira é a de que a história dos títulos extrajudiciais representa a própria história da evolução da execução. A Idade Média assistiu à vivificação do comércio e com isto tornou-se necessário outorgar a certos tipos de créditos eficácia autônoma e pronta exigibilidade, dispensando-se o processo de conhecimento para a demonstração de sua existência. Criou-se a idéia de autorizar imediatamente a instauração de execução – independentemente de prévio processo de conhecimento – de certos documentos representativos de dívidas, lavrados perante tabeliões (*instrumenta guarentigiata*). Supunha-se que tais instrumentos equiparavam-se à confissão, aplicando-se a máxima romana de que a confissão equivaleria à condenação (*confessus in iure pro condemnatur habetur*).[1] Por isto, a posse destes instrumentos autorizava o imediato início da atividade executiva, independentemente de prévia condenação judicial. Nesta época, havia duas formas de execução: a de sentença, que ocorria como fase do processo de conhecimento (execução *per officium iudicis*) e aquela que se dava por meio de ação nova, realizada em processo autônomo.

No direito brasileiro existia a mesma separação, somando-se a ela, em seus primórdios, uma terceira via (*a assinação de dez dias*, prevista nas Ordenações Filipinas, Liv. III, Tít. 25). Estas três formas permanecem até o Código de Processo Civil de 1939, que eliminou a ação sumária da assinação em dez dias, mantendo apenas a execução de sentença e a ação executiva (para títulos extrajudiciais). Com o Código de Processo Civil de 1973, unificou-se as duas formas de execução, oferecendo-se o

[1] Ver, por todos, Enrico Tullio Liebman, *Embargos do executado*, cit., p. 1-84, e *Processo de execução*, cit., p. 9 e ss.

processo de execução (regulado pelo Livro II do CPC) indistintamente para todos os títulos executivos.[2]

O regime atual – instituído pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 – diante da separação entre o processo de execução – para os títulos extrajudiciais e para os títulos judiciais exteriores ao juízo cível – e a fase de execução – para os títulos judiciais formados no juízo cível – representa de certo modo um retorno à sistemática anterior. Volta a sentença condenatória a ser executada em fase subseqüente à de conhecimento, restando o *processo de execução* (autônomo) especialmente aos títulos extrajudiciais.

Em segundo lugar, é necessário frisar que a escolha dos títulos extrajudiciais decorre de eleição do legislador. *Não se cria título executivo extrajudicial a não ser por lei federal* e compete apenas ao legislador escolher os documentos que serão dotados de eficácia executiva. Nem se admite a interpretação extensiva ou analógica do elenco posto no direito positivo.

Ademais, não há relação inevitável entre a instituição de um título executivo como judicial ou extrajudicial e a sua origem jurisdicional ou não. Ainda que fosse desejável uma certa orientação fundada neste critério, pode o legislador atribuir a um documento originário do Poder Judiciário a eficácia de título judicial ou não, o mesmo podendo ocorrer em relação aos títulos extrajudiciais. Tome-se o exemplo da sentença arbitral, que não tem origem no Poder Judiciário, mas é pelo legislador qualificada como título judicial.[3] Por outro lado, "o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial" (art. 585, VI, do CPC) é direito nascido no Poder Judiciário, embora seja elencado pelo legislador como título extrajudicial.

2.2 Natureza e função dos títulos executivos extrajudiciais

A natureza jurídica dos títulos executivos foi, por longo tempo, alvo de intensa polêmica, especialmente na doutrina italiana. O debate surgido chama a atenção para a função desempenhada pelo título executivo e para as conseqüências advindas de sua apresentação na execução.

[2] A diferença fundamental passou a ser apenas relativa ao conteúdo da defesa (embargos do executado) eventualmente oponível à execução. Na execução de títulos judiciais, a matéria era limitada, enquanto, na execução de títulos extrajudiciais, poderia a parte apresentar a alegação que desejasse na ação de embargos.

[3] Propriamente, é indevida a colocação da sentença arbitral como título judicial. Como já observado, este título não se amolda com exatidão aos títulos judiciais. Inclusive, a dimensão da impugnação cabível contra sua execução não está limitada apenas às questões enumeradas no art. 475-L, abrangendo também as matérias constantes do art. 32 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96).

Carnelutti considerava o título como a *prova do crédito*. Segundo ele, a função prioritária do título executivo era evidenciar a existência do direito à prestação, o que autorizaria o credor a utilizar-se diretamente da execução, sem ter que, previamente, demonstrar a existência de seu direito.[4] Consistiria este documento em uma *prova legal do crédito*, que abriria a porta para o processo de execução.

Esta opinião foi objeto de conhecida crítica de Liebman,[5] que entendia que não se podia confundir a forma com a substância, sendo o título mais do que apenas um documento representativo do crédito. Segundo Liebman, o título valeria pelo *ato* representado, ao qual a lei atribui o efeito de permitir a aplicação da sanção. Independentemente de qualquer demonstração do crédito, quem ostenta um título executivo tem o direito de acessar a via da execução, sendo condição bastante a apresentação do título. Apresentado o título, abstrai-se qualquer discussão sobre a existência ou não do direito exigido, ao menos no seio do processo de execução.[6] Daí advém a *autonomia do processo executivo*: esse se desenvolve *sem se questionar a existência ou não do direito demandado*, por conta da simples apresentação do título a que a lei permite a instauração do processo de execução.

A doutrina atual tende a considerar que nenhuma destas posições é apta a explicar integralmente a essência e a função do título executivo. Hoje, considera-se que apenas a somatória das duas teorias evidencia integralmente a eficácia própria do título. Prevalece, por vezes, um dos aspectos, mas os dois se somam para formar a realidade do título.

O título executivo é condição bastante para que o exeqüente inicie a execução. Exibindo-o, pode o suposto credor acessar a via executiva, independentemente de qualquer indagação sobre a existência ou não do crédito demandado. Justifica-se aí o fato de que, no processo de execução, não há espaço próprio para o devedor defender-se, alegando a inexistência do crédito. É também em razão da posse do título que o credor tem o poder de intrometer-se no patrimônio do executado, expropriando seus bens, ainda quando possa haver discussão (por outra ação, sejam os embargos à execução, seja outra ação qualquer) sobre a existência do crédito exigido.

Por outro lado, o caráter probante do título revela-se na presunção, em favor do credor, da existência do crédito exigido. Ainda quando surja impugnação sobre a existência do direito pleiteado, a suposição é sempre em favor de sua realidade, até que sobrevenha decisão em sentido contrário.

---

[4] Francesco Carnelutti, Titolo esecutivo, *Studi di diritto processuale*, v. 4, esp. p. 120-121.

[5] Enrico Tullio Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, esp. p. 139. Ver, também, a resposta de Carnelutti, apresentada no escrito mencionado na nota anterior (Titolo esecutivo, cit., *passim*) e, ainda, a tréplica de Liebman (Il titolo esecutivo riguardo ai terzi), com nova apostila de Carnelutti (Titolo esecutivo e scienza del processo, p. 154 e ss.).

[6] "Por conseguinte, o título não é prova do crédito, porque desta prova não há necessidade. O crédito é motivo indireto e remoto da execução, mas o fundamento direto, a base imediata desta é o título e só ele" (Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 17-18).

2.3 Os títulos executivos no direito brasileiro

Consignou-se acima que apenas a lei pode criar títulos executivos extrajudiciais. O art. 585 do CPC, nesta dimensão, apresenta o seguinte rol de títulos executivos extrajudiciais: "I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III – os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; IV – o crédito decorrente de foro e laudêmio; V – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; VI – o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VII – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; VIII – todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva".

O elenco apresentado por este dispositivo, como demonstra o seu inciso VIII, não é exaustivo, encontrando-se outros títulos executivos extrajudiciais em leis extravagantes. Assim, exemplificativamente, constituem títulos extrajudiciais o termo de ajustamento de conduta elaborado pelos legitimados para as ações coletivas (art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/85), o contrato escrito de honorários advocatícios (art. 24 da Lei 8.906/94), a cédula de crédito rural (art. 41 do Decreto-lei 167/67) e a cédula de crédito industrial (art. 41 do Decreto-lei 413/69).

Por outro lado, têm validade no território nacional os títulos extrajudiciais produzidos no estrangeiro, independentemente de homologação pelo Poder Judiciário brasileiro, desde que satisfaçam os requisitos de formação exigidos pela lei do país de origem e indiquem o Brasil como o lugar do cumprimento da obrigação (art. 585, § 2.º, do CPC).

Os títulos executivos que podem circular – especialmente os títulos de crédito, arrolados no inciso I do art. 585 – devem ser exibidos no original para ensejarem a execução. Impõe-se esta providência a fim de evitar que o credor, ao mesmo tempo em que promove a execução, negocie extra-autos o título, atribuindo a terceiro o crédito nele representado.[7] Quanto aos demais títulos, podem ser apresentados em cópia, sujeitando-se à impugnação por falsidade.

---

[7] Também em razão disso, é comum determinar-se a extração do original dos autos, com sua guarda em cofre. Impede-se, assim, eventual furto do documento, que pode ensejar nova circulação do título.

Outrossim, alguns destes títulos apresentam requisitos especiais para autorizarem a execução, como se verá a seguir. Saliente-se que há questões de direito material complexas envolvendo estes títulos, cujo exame deve ser deixado para o campo próprio.

a) a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque. Estes títulos representam os principais títulos de crédito (cambiariformes) admitidos no país.

A letra de câmbio, para ser executada contra o sacado, depende de *aceite*, que deve ser aposto no título. Não existindo a aquiescência do devedor, não existe título executivo, não se suprindo a falta de aceite por protesto – que só servirá para que o beneficiário se volte contra o sacador. A letra de câmbio pode ser transferida por *endosso*, caso em que a titularidade da execução também passa para o novo detentor do documento, que poderá executar a dívida frente ao aceitante, ao sacador ou aos endossantes.

A nota promissória constitui promessa de pagamento feita pelo devedor. Não se cogita, portanto, de aceite, nem de protesto pela sua ausência.[8] Note-se, porém, que a sua executividade está condicionada ao vencimento da obrigação. Faltando no documento a indicação do vencimento, a nota promissória é considerada à vista.

É comum a emissão de nota promissória vinculada a contrato, podendo ser executada independentemente da demonstração de incidentes do negócio jurídico. Não obstante este título manter a sua autonomia perante o contrato, ele pode ter prejudicada a sua abstração, já que credor e devedor originais, por prenderem-se aos termos do contrato, sujeitam-se a defesas pessoais dali originadas. Assim, a força executiva completa de tais títulos só se verifica em relação a terceiros de boa-fé que tenham recebido o título após circulação.

A duplicata também exige o aceite para ter executividade. Neste caso, porém, recusando-se o sacado a apor seu aceite no documento, este poderá ser suprido por protesto, desde que acompanhado do documento que comprove a prestação do serviço ou a entrega do bem (referente ao negócio subjacente ao título) e com a condição de que o sacado não tenha recusado o aceite na forma prevista na legislação própria (art. 15, II, *c*, da Lei 5.474/68). Este título também pode ser transferido mediante endosso, caso em que a legitimação para a execução também é deslocada para o novo titular do crédito.

O cheque constitui ordem de pagamento à vista. Sua executividade independe de aceite, bastando que o documento preencha os requisitos formais próprios. Também pode circular, sendo transferido por endosso. Neste caso, admite-se a execução contra o emitente do documento, bem como contra os endossantes anteriores.[9]

[8] Salvo quando se pretender exigi-la de eventuais endossantes ou avalistas.

[9] Súmula 600 do STF: "Cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária".

A debênture, prevista no art. 2.º da Lei 6.385/76, representa parcela de um empréstimo coletivo tomado por sociedade anônima (e só por esse tipo de pessoa jurídica) junto ao público ou frente a determinadas pessoas. Pode ser garantida por ônus real ou ainda por privilégio geral sobre o patrimônio ativo da empresa (alude-se aí à *garantia flutuante*). A sua executividade também independe de protesto, materializando-se o título pelo certificado correspondente ou de seu depósito.

Em todos estes títulos (inclusive debêntures, em que pese a omissão legislativa) admite-se o aval, assumindo um terceiro a garantia pelo pagamento do débito e legitimando-se a figurar no pólo passivo de eventual execução. Por meio do aval, cria-se obrigação solidária entre o avalista e o avalizado, de modo que a execução pode dirigir-se contra qualquer um deles.

b) a escritura pública ou outro documento público, assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. As obrigações de entrega de coisa, de fazer e de não fazer costumam ser contempladas nestes títulos.

Os documentos públicos são aqueles elaborados por alguém no exercício de função pública.[10] Nesta condição, independentemente de outro requisito, tais documentos gozam de presunção de legitimidade. Eventualmente, porém, sendo elaborados por autoridade pública incompetente, têm o mesmo valor do documento particular (art. 367 do CPC), exigindo, para terem força executiva, a presença de duas testemunhas ao ato. Estas testemunhas destinam-se a servir como prova em caso de eventual impugnação do teor do documento ou da vontade livre de um dos pactuantes no momento da sua elaboração. Assim, tal "testemunha" deve ter condição de ulteriormente prestar "prova testemunhal" em juízo, não podendo estar marcada por qualquer das causas de incapacidade, impedimento e suspeição presentes no art. 405 do CPC.

Quanto aos documentos particulares, deverão estar assinados por duas testemunhas, presentes à elaboração do instrumento. Não havendo esta cautela, sua exeqüibilidade depende da chancela do Ministério Público, da Defensoria Pública ou dos advogados de todas as partes envolvidas.

c) os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida. A redação do inciso III do art. 585, conferida pela Lei 11.382/2006, corrigiu a redação que lhe era anterior, que gerava a equivocada idéia de que os atos de hipoteca, penhor e anticrese eram autônomos em si, admitindo execução. Na realidade, como hoje se tem claro, a condição de título executivo se dá aos contratos *garantidos* por hipoteca, penhor e anticrese. Essas figuras correspondem a direitos reais de garantia, de modo que constituem elementos acessórios a uma obrigação.

[10] Ver Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. II, p. 245 e ss.

Os créditos garantidos por penhor, hipoteca ou anticrese resultarão em execuções nas quais o bem a ser penhorado, preferencialmente, será aquele dado em garantia, ainda que esteja em poder de terceiro.[11] No caso de execução de crédito garantido por anticrese, há ainda o direito de o exeqüente reter o bem em seu poder, enquanto a dívida não for paga (art. 1.423 do CC), recebendo eventuais frutos e rendimentos da coisa até a satisfação integral do crédito (art. 1.506 do CC), o que pode ocorrer mediante a incidência de usufruto judicial sobre a coisa.

Os contratos garantidos por caução são aqueles garantidos por caução real ou por caução fidejussória – correspondente à fiança – conforme o art. 826 do CPC. No caso de fiança, a execução pode ser dirigida diretamente contra o fiador, contra o devedor principal, ou contra ambos. Sendo executado o fiador, deverão ser penhorados, em primeiro lugar, os bens do devedor principal (benefício de ordem), salvo se o fiador tiver renunciado a este privilégio.

Quanto ao seguro de vida, sua eleição como título executivo decorre da natureza do crédito por ele devido. Também por isto, admite-se que esta execução se proceda ainda que não exibida a apólice ou o bilhete do seguro (art. 758 do CC), podendo-se provar a existência do contrato de seguro pela apresentação de outro documento idôneo, como o contrato, o recibo da seguradora etc.[12] Esta tendência é interessante, porque se trata de rara hipótese em que o título executivo não é materializado em um documento específico, podendo ser demonstrado por qualquer documento capaz de indicar a existência do contrato.

Vale frisar que estes contratos são títulos executivos em si, independentemente da satisfação dos requisitos postos no art. 585, III, do CPC. Ou seja, o simples fato de estarem assegurados por estas garantias especiais, ou de versarem sobre seguro de vida, já lhes outorga a condição de título executivo, ainda que não sejam elaborados como instrumento público ou como instrumento particular assinado por duas testemunhas. Não fosse assim, dificilmente se explicaria a sua alocação fora do inciso II do artigo em exame.

d) o crédito decorrente de foro e laudêmio. As duas figuras ligam-se ao contrato de enfiteuse, previsto no Código Civil de 1916 e em relações de direito público (como ocorre com os terrenos de marinha). Porque a enfiteuse de direito privado não foi repetida no vigente Código Civil, e porque as outras enfiteuses regem-se pelo direito público, enquadrando-se na espécie de título prevista no inciso VII do art. 585, não há grande relevância no seu estudo.

[11] Para que se tome o bem do terceiro garante, não é necessária a sua citação na execução. A responsabilidade patrimonial incide *sobre o bem* (nos casos de garantia real), independentemente de seu titular. Executado, por isto, deve ser o devedor e não o terceiro garantidor, embora se admita que possa ele defender-se da execução, inclusive mediante embargos à execução, como se verá adiante.

[12] Nesse sentido, ver STJ, 4.ª T., REsp 229.256/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 17.12.1999, p. 381.

Sua manutenção no CPC decorre do fato de que eventuais enfiteuses constituídas antes da vigência do CC de 2002 foram preservadas, o que permite a cobrança dos valores a elas alusivos através da via executiva.

e) o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio. Através da norma do inciso V do art. 585, abre-se a via executiva aos créditos decorrentes de contrato *escrito* de locação de imóvel. Tanto a prestação principal (aluguel) como as acessórias podem ser exigidas pela via da execução *na relação entre o locador e o locatário (ou sublocatário)*. A ação de execução só é admitida para a cobrança de dívidas existentes *em razão do contrato de locação* (encargos *acessórios*, diz a lei), não se prestando para outras situações. Assim, apenas o locador (ou seu sucessor), e não o condomínio, possui legitimidade ativa para a execução. Caso o condomínio pretenda obter do locatário os valores alusivos aos encargos condominiais, deverá propor ação de cobrança sob o procedimento sumário (art. 275, II, *b*, do CPC).

f) o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial. Tem-se aqui interessante caso de decisão judicial que não constitui título executivo judicial. Por critérios de política legislativa, considerando-se especialmente o peso político dos sujeitos envolvidos, conferiu-se a tais documentos a eficácia de título executivo extrajudicial. Não se trata de decisão em que o juiz, após verificar a existência do direito material, sanciona o réu, condenando-o a pagar soma em dinheiro. Esta decisão não julga a existência de crédito, condenando a parte, nem mesmo homologa acordo ou define direito de crédito em favor de um herdeiro contra outro. Há, isto sim, decisão *que apenas certifica* crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor. Por isto mesmo, deve haver a possibilidade de ser discutida a existência do direito de crédito, diante da execução. Tal discussão não seria possível se tal decisão judicial constituísse título executivo judicial. Mas, na realidade, o título executivo, no presente caso, é formado pelo crédito *certificado* pela decisão judicial, ao qual se atribui a qualidade de título extrajudicial. A "decisão", neste caso, é um atestado do Poder Público, embora subscrito pelo juiz, e não um ato de poder jurisdicional. Ora, tratando-se de título extrajudicial, deve ser proposta ação de execução, quando o devedor poderá apresentar embargos do executado para discutir a existência do crédito exigido.

g) a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei. Estes títulos, *referentes a dívidas pecuniárias*, guardam certa peculiaridade. São formados unilateralmente pelo Estado, por meio do chamado termo de dívida ativa.[13] Em que pese esta condição, o fato de serem inscritos pelo Poder Público lhes

[13] Desse termo é extraída cópia, chamada de certidão de dívida ativa, que é o documento apresentado na execução fiscal (art. 6.º, § 1.º, Lei 6.830/80).

confere autoridade e uma via própria para a execução. Processam-se sob o regime da *execução fiscal* (Lei 6.830/80).

Quanto a outras prestações – fazer, não fazer e entregar coisa – sua efetivação se dá segundo os trâmites regulares, não sendo a execução fiscal o meio hábil para obtê-las.

h) todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. Aqui se tem cláusula aberta, totalmente desnecessária. Não há utilidade em uma lei autorizar outro diploma de mesma hierarquia a instituir título executivo. De toda sorte, serve o preceito para explicitar que o rol contido no art. 585 do CPC não é exaustivo.

2.4 Atributos do título executivo extrajudicial

Assim como ocorre com o título judicial, o título extrajudicial deve revestir-se das qualidades de certeza, liquidez e exigibilidade (art. 586 do CPC). Ou melhor, a obrigação contemplada no título extrajudicial, assim como aquela presente no título judicial, deve ser certa, líquida e exigível, uma vez que tais requisitos, embora comumente associados ao título executivo, na realidade são atributos da *obrigação* a ser executada.[14]

A certeza deve apresentar-se na formação do título, de modo que pela sua simples leitura se possa determinar o objeto da prestação, sua forma, seus sujeitos e, enfim, os contornos da obrigação assumida.

Em relação à exigibilidade, estará ela presente no momento em que for possível impor ao executado a prestação constante do título. Eventualmente, nas obrigações sujeitas a condição ou termo, pode surgir alguma controvérsia sobre a exigibilidade da prestação, motivo pelo qual o juiz apenas deve autorizar o início da execução se o credor provar a ocorrência da condição ou o implemento do termo (arts. 572 e 614, III, do CPC). O mesmo ocorre com prestações que só são exigíveis após a realização de contraprestação pelo credor. Também aqui a exeqüibilidade da prestação depende da demonstração de que a contraprestação foi efetiva e adequadamente realizada (arts. 582 e 615, IV, do CPC).

Ainda no tocante à exigibilidade do título, é comum dizer que esta depende do inadimplemento da prestação. A rigor, não é o inadimplemento absoluto que permite o ajuizamento da execução, mas a mora no cumprimento da prestação. O inadimplemento absoluto corresponde à situação em que o devedor não pode mais cumprir a prestação[15] – seja porque ela se tornou inviável, seja porque não há mais interesse do credor em recebê-la. Ora, se a prestação não é mais possível, não

[14] Estes atributos da obrigação a ser executada foram estudados no capítulo Liquidação da obrigação, item Requisitos da obrigação a executar.

[15] Ver Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 37.

há espaço para a execução (ao menos, não, para a execução específica de fazer, não fazer e entregar coisa). A distinção tem importância no campo das prestações não pecuniárias (de fazer, não fazer e entregar coisa), mas a precisão conceitual deve ser feita. De toda sorte, o que importa para a execução é a mora do devedor, em suas diversas dimensões. Assim, o título é exigível quando o devedor deixa de cumprir a prestação em tempo hábil (sendo isso ainda possível e interessante para o credor) e ainda quando o adimplemento realizado é insatisfatório (cumprimento imperfeito), não correspondendo exatamente àquilo que fora previsto no título executivo (art. 581 do CPC), havendo interesse do credor em obter o cumprimento na forma perfeita.[16] Portanto, a caracterização da exigibilidade da prestação impõe a verificação da mora havida, exigindo elementos a serem buscados no âmbito do direito material.

Enfim, quanto à liquidez do título extrajudicial, é usual afirmar que estes títulos devem ser líquidos em sua origem, não admitindo procedimento ulterior de liquidação. Em regra, estes títulos devem expressar, imediata e diretamente, o valor da prestação devida ou ao menos indicar os critérios para a pronta definição destes elementos. Assim, em princípio, ou estes títulos apresentam de maneira clara a importância devida ou apontam instrumentos claros e objetivos para a obtenção deste montante (*v.g.*, prestação em salários mínimos, em dólar, no equivalente ao valor de certo produto com cotação em bolsa). A necessidade de submeter o título a este procedimento – desde que simples e direto – para apuração do *quantum debeatur* não lhe retira a liquidez ou, em conseqüência, a sua exeqüibilidade.

Problema mais grave decorre da eventual possibilidade de usar do procedimento de liquidação para apurar o exato valor do título extrajudicial ilíquido. É comum o entendimento de que os títulos extrajudiciais não podem ser liquidados judicialmente, ficando este procedimento reservado aos títulos judiciais. Contribuiu para esta interpretação o que dispunham os arts. 586, § 1.º,[17] e 603, *caput*,[18] do CPC – hoje revogados –, tendo o último preceito sido substituído pelo art. 475-A, *caput*, com semelhante redação. Hoje, reforçaria este entendimento o teor do art. 618, I, que dispõe ser nula a execução se o título executivo *extrajudicial* "não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível".[19]

De fato, é atributo essencial de alguns títulos executivos extrajudiciais a sua liquidez direta. Seria inimaginável um cheque que não previsse, de pronto, o valor a ser pago, até porque esse elemento é parte essencial da caracterização destes títulos de crédito (arts. 1.º e 7.º, Anexo I, da Lei Uniforme, ratificada pelo Decreto

[16] Alude-se aí à *exceptio non rite adimpleti contractus*. A respeito, ver Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, p. 100 e ss.

[17] Art. 586, § 1.º: "Quando o título executivo for *sentença*, que contenha condenação genérica, proceder-se-á primeiro à sua liquidação" (*revogado pela Lei 11.382/2006*).

[18] Art. 603, *caput*: "Procede-se à liquidação, quando a *sentença* não determinar o valor ou não individuar o objeto da condenação" (*revogado pela Lei 11.232/2005*).

[19] Preceito com a redação dada pela Lei 11.382/2006.

57.595/66). Porém, há títulos executivos extrajudiciais que podem surgir ilíquidos, especialmente quando não se saiba, *a priori*, o que é efetivamente devido. Exemplo maior desta situação ocorre com o "termo de ajustamento de conduta", título executivo previsto no art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/85. Trata-se de documento em que se toma o compromisso de alguém se ajustar às exigências legais, mediante cominações. Não corrigida a conduta, incidem as sanções, podendo o total das prestações ser exigido judicialmente. Quando da elaboração do termo, não se tem a exata a dimensão da obrigação a ser executada judicialmente. Pode ser necessário – e é comum que o seja – a liquidação deste documento para possibilitar a execução. Esta liquidação se realiza judicialmente, utilizando-se da forma dos arts. 475-A a 475-H do CPC, não obstante se trate de título extrajudicial.

Semelhante situação poderá ocorrer com os documentos apontados no art. 585, II, do CPC (instrumentos públicos ou particulares assinados por duas testemunhas, ou referendados pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados das partes). Facilmente se encontrará nesta espécie de documentos obrigações ilíquidas, que dependerão de prévia liquidação para sua viabilização em execução.

Não se pode negar a estes títulos a via executiva porque não se formaram líquidos. Nestes casos, a iliquidez originária do documento é inescapável em razão da natureza da obrigação nele contemplada. Não é possível, nos casos em que estes documentos são utilizados (ou, ao menos, em algumas hipóteses), ter prestações líquidas de imediato. Ou melhor, é natural a estes títulos extrajudiciais a autorização de comportarem (excepcionalmente ou não) prestações ilíquidas. Portanto, submeter estes documentos ao processo de conhecimento para só então admitir sua exeqüibilidade seria usurpar a característica que o legislador lhes outorgou. Note-se que o legislador, ao instituir tais documentos como títulos executivos extrajudiciais, estava obviamente ciente da circunstância de que, em regra, tais documentos contêm obrigações ilíquidas. Portanto, é pouco mais do que evidente que o legislador implicitamente admitiu a possibilidade da sua liquidação judicial.

Portanto, há lugar para a liquidação de títulos extrajudiciais, ainda que esta não seja a regra.

No mais, quanto às características do título executivo, a execução de títulos extrajudiciais segue os mesmos critérios da execução de títulos judiciais, remetendo-se o leitor para o que se disse no Capítulo reservado ao estudo da *Liquidação da obrigação*.

3

O Procedimento da Execução por Quantia Certa de Títulos Extrajudiciais

3.1 Introdução

Recorde-se novamente que a execução de títulos extrajudiciais se realiza por processo autônomo. A sua formação exige os requisitos gerais para a constituição de qualquer processo. Haverá, então, petição inicial – com requisitos especiais, em razão da natureza do objeto deste processo – citação do executado e conclusão por sentença. Portanto, substancialmente, as mesmas diretrizes que comandam a formação de qualquer processo, em especial a avaliação dos pressupostos processuais, incidem aqui de forma idêntica.

Nesse processo é veiculada uma ação nova, até então inexistente. Também na análise desta nova ação incidem as questões próprias tocantes ao tema do direito de ação, seja em seu desenho constitucional – a exigir a tutela jurisdicional efetiva do direito material – seja em seu assento infraconstitucional, que trilha a avaliação dos elementos e das condições da ação.

Há também mérito neste processo, embora não exista *julgamento sobre ele* na execução. Com efeito, o objeto do processo de execução é a prestação exigida pelo credor. A função da execução, todavia, não é declarar a existência ou não do direito a esta prestação, mas simplesmente realizá-la. Parte-se da premissa de que o direito a esta prestação existe, de modo que a atividade executiva não se encarrega de verificar sua efetiva ocorrência. Partindo do pressuposto da existência do direito exigido, o processo de execução limita-se a *realizar* o direito material.

Delineadas, *grosso modo*, as características essenciais do processo de execução, é importante examinar alguns de seus aspectos procedimentais pontuais, especialmente no que diferem do regime da execução de títulos judiciais. Recorde-se que, em princípio, o procedimento utilizado por ambas as execuções é idêntico (até porque

a execução de títulos judiciais se vale das regras da execução de títulos extrajudiciais no que compatível, como determina o art. 475-R), apenas interessando, agora, os aspectos particulares da execução de títulos extrajudiciais, não analisados quando da exposição do procedimento da execução de títulos judiciais.

3.2 A instauração do processo de execução

Porque aqui se tem a instauração de um processo judicial, o início da execução se dá sempre por petição inicial. Diferentemente do que em regra ocorre na execução de títulos judiciais,[1] a execução de títulos extrajudiciais impõe a elaboração de petição inicial, a qual deve satisfazer integralmente os requisitos do art. 282 do CPC.

Deverá, então, o credor indicar o endereçamento da petição inicial, apontando o órgão jurisdicional ao qual pretende seja distribuída a ação (art. 282, I), respeitando as regras de competência próprias. A competência para as execuções de títulos extrajudiciais rege-se pelas regras comuns de competência, fixadas em linhas gerais nos arts. 86 e ss. do CPC. Em regra, não havendo previsão especial em lei extravagante ou contemplada em cláusula de eleição de foro, o juízo competente para a execução será o do lugar em que a obrigação deveria ser satisfeita (art. 100, IV, *d*, do CPC). Trata-se de competência territorial e, portanto, relativa, podendo ser desconsiderada pelas partes, com a prorrogação de competência para o juízo de outro lugar.

Também é necessário indicar na petição inicial o nome e a qualificação das partes do processo (art. 282, II). A eleição dos sujeitos parciais da execução deve tomar em consideração o disposto nos arts. 566, 567 e 568 do CPC. O tema foi analisado quando se estudou a execução de títulos judiciais, dispensando aqui nova análise.[2]

O credor também deverá apresentar a causa de pedir da sua ação (art. 282, III). Em razão da exibição do título, que acompanhará a inicial e traduzirá a presunção de existência do direito almejado, bastará ao exeqüente indicar a existência da obrigação referida no título e o inadimplemento (*rectius*: mora) havido. Eventualmente, poderá ser necessário incluir na causa de pedir a demonstração de que ocorreu a condição ou o termo, de modo a tornar exigível a prestação, ou ainda que o credor providenciou a contraprestação, de modo a habilitá-lo a postular a satisfação de seu direito.

Embora aqui o requisito assuma contornos meramente formais, exige-se também que o credor formule o pedido daquilo que pretende (art. 282, IV). O pedido imediato será sempre o mesmo: a execução. Importará apenas a determinação do pedido mediato, que se traduz pelo montante exigido. A apuração deste valor

[1] Recorde-se que, tratando-se de sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira homologada pelo STJ, também é necessário propor ação de execução, apresentando-se petição inicial em conformidade com o art. 282 do CPC (art. 475-N, parágrafo único, CPC).

[2] O assunto foi tratado quando se estudou a execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, no Capítulo Fase inicial da execução, item Partes e terceiros, subitem As partes na execução. Litisconsórcio.

dependerá da exibição do título executivo extrajudicial – no qual estará indicado – e, em regra, da demonstração do cálculo elaborado para a atualização do crédito (art. 614, I e II, do CPC). Eventualmente, o pedido do exeqüente poderá indicar a espécie de execução desejada, quando a lei disciplinar mais de um modo para a satisfação do credor (art. 615, I, do CPC).

O exeqüente pode formular pedido de tutela cautelar *no bojo da própria execução*. Em regra, a tutela cautelar deve ser objeto de processo distinto (art. 796 do CPC), não se podendo introduzir pedidos cautelares em processos que tenham outro objeto. Na execução, todavia, o exeqüente pode, por expressa autorização legal (art. 615, III, do CPC), postular medidas cautelares dentro da própria execução. Neste caso, o pedido cautelar deve vir antecedido da exposição dos requisitos para a sua outorga: aparência do direito e perigo de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação.

Como em toda petição inicial, aqui também será necessário indicar o valor da causa (art. 282, V). Este valor será tomado a partir do montante exigido na execução, cabendo impugnação ao valor da causa no caso de erro na fixação deste valor pelo exeqüente.

Considerando-se que a execução não busca julgamento sobre o direito do autor, mas a sua realização, em princípio não se cogita de requerimento de provas (art. 282, VI). Porém, poderá o exeqüente, excepcionalmente, ter o ônus de evidenciar alguma condição para a execução, como demonstrar que "adimpliu a contraprestação, que lhe corresponde, ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do credor" (art. 615, IV, do CPC). O mesmo ocorre nas execuções de prestações sujeitas a termo ou condição, já que também nestes casos cabe ao credor demonstrar na inicial a verificação destes elementos (art. 614, III, do CPC).

Entretanto, as provas que podem ser requeridas na execução não se submetem ao regime normal da prova documental, disciplinado pelos arts. 396 e ss. do CPC. Ao contrário, tais provas se submetem à idéia de "documentos indispensáveis à propositura da ação", a que alude o art. 283 do CPC. Com efeito, não se trata de simples provas para a demonstração dos fatos alegados na inicial, mas de pressupostos para a instauração válida do processo executivo, de modo que sua não apresentação com a inicial poderá determinar o indeferimento da petição inicial (art. 616 do CPC).

Finalmente, deve constar na petição inicial o requerimento para citação do executado (arts. 282, VII, e 614, *caput*, do CPC). Eventualmente, além de requerer a citação, deverá também o credor providenciar a intimação do credor pignoratício, hipotecário ou anticrético, ou ainda do usufrutuário, quando de antemão souber que a penhora recairá sobre bem gravado com tais ônus (art. 615, II, do CPC).

Faculta-se ao credor, outrossim, apresentar a relação dos bens que pretende sejam penhorados (art. 652, § 2.º, do CPC). Nesta hipótese, deverá o exeqüente, na medida do possível, descrever o bem, estimando o seu valor – para que o volume de bens a serem penhorados seja aproximadamente correspondente ao crédito demandado

– e apresentando sua localização. Embora a lei aluda apenas à primeira exigência, é certo que a ausência das demais reduz significativamente a utilidade desta indicação, deixando de contribuir para a adequação e para a agilização da penhora.

Frise-se que, com a petição inicial, deverá o exeqüente apresentar os documentos indispensáveis à propositura da ação – antes indicados – e, ainda, o título executivo extrajudicial e o demonstrativo do débito atualizado até o ajuizamento da causa (art. 614, I e II, do CPC).

Estando em ordem a petição inicial, será recebida pelo juiz. Nesta ocasião, o juiz deverá fixar os honorários de sucumbência a serem pagos pelo executado, determinando a sua citação para pagar o valor da dívida no prazo de três dias, advertindo-o que, em caso de integral pagamento neste prazo, o valor dos honorários inicialmente fixados serão devidos pela metade (arts. 652, *caput*, e 652-A, parágrafo único, do CPC). A praxe já consagrava a idéia da fixação liminar dos honorários, de modo que o art. 652-A apenas explicita aquilo que comumente se fazia. De fato, este é o momento para a fixação dos honorários, já que não se discute, no processo de execução, se o executado deve o valor exigido, inexistindo o que alegar, conhecer e decidir acerca do direito de crédito. Parte-se da premissa – decorrente do título – de que o executado é devedor, e, assim, como deve ser citado para pagar o valor da dívida em três dias, este é o momento em que deve pagar os honorários de advogado. Ademais, se os honorários fossem fixados apenas no final, poderia haver nova execução desta verba, e posteriormente outra de novos honorários ao término desta última, e assim sucessivamente, inviabilizando-se a conclusão do processo.

Como já anunciado, prevê a lei que, em caso de imediato pagamento da dívida exigida, haverá a redução, pela metade, do valor dos honorários inicialmente arbitrados (art. 652-A, parágrafo único, do CPC). A função do preceito é evidente: presta-se como sanção premiativa, estimulando o devedor a não litigar e a pagar espontânea e imediatamente o crédito demandado. Por esta razão, os honorários apenas podem ser reduzidos pela metade com a quitação imediata e integral da dívida (somada aos acessórios e às despesas processuais). Frise-se, diante da natureza da sanção em questão, que no mandado de citação deverá constar a advertência de que o pagamento integral da dívida, no prazo de três dias, acarretará a redução dos honorários advocatícios pela metade, pois desta forma se estará advertindo o executado a respeito da vantagem do pagamento imediato da totalidade da dívida.

Caso a petição inicial não observe os requisitos do art. 282 ou não esteja acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação, deverá o juiz determinar a emenda da petição inicial no prazo de dez dias. Suprido o defeito, será a petição inicial recebida, determinando-se a citação. Não apresentada a emenda, o juiz indeferirá a inicial, extinguindo o processo (arts. 616 e 267, I, do CPC).

Ao ajuizar a ação de execução, o credor pode requerer certidão comprobatória da distribuição da causa, que deverá identificar as partes e o valor da causa. Esta certidão pode ser averbada no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro

de outros bens sujeitos a penhora ou a arresto (art. 615-A, *caput*, do CPC), a fim de precaver-se o exeqüente contra possíveis alienações ou onerações fraudulentas desses bens. É incumbência do exeqüente providenciar estas averbações, devendo localizar os bens e realizar a inscrição no registro respectivo. Porém, deverá comunicar ao juízo todas as averbações realizadas, no prazo de dez dias contados da realização do registro (art. 615-A, § 1.º, do CPC). Feitas tais averbações, considera-se em fraude à execução qualquer alienação ou oneração dos bens gravados, independentemente da citação do executado (art. 615-A, § 3.º, do CPC).

Diz o art. 615-A, § 2.º, que, formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir a integralidade do valor da dívida, deverá o exeqüente requerer o cancelamento das averbações relativas aos bens que não foram penhorados. Contudo, em caso de dúvida sobre se o bem penhorado será arrematado ou se o valor proveniente da sua alienação será suficiente para saldar o crédito, as averbações que não dizem respeito aos bens penhorados devem ser mantidas. Caso o exeqüente, em razão desta situação, não peça o cancelamento das averbações, é o executado que, querendo, deverá demonstrar que o bem penhorado é suficiente para saldar a dívida, pedindo o cancelamento das averbações. Vale dizer que o ônus argumentativo é do executado. Este ônus apenas será do exeqüente quando, no final do processo de execução, verificar-se que os bens inicialmente penhorados foram suficientes para a realização integral do direito de crédito. Ou seja, o exeqüente poderá deixar de requerer o cancelamento da averbação inicialmente realizada, ainda que ela não diga respeito ao bem penhorado, quando a averbação for necessária para garantir o seu direito de crédito.

3.3 A cumulação de ações executivas

Tal como sucede no processo em que se busca a tutela jurisdicional do direito passando-se pela fase de conhecimento, no processo de execução admite-se a cumulação de diversas ações executivas. É possível, em um só processo de execução, cumular várias ações contra o mesmo réu (cumulação objetiva) ou uma ação executiva ser apresentada por vários autores ou por um autor contra diversos réus, ou contemplando vários autores e réus ao mesmo tempo (cumulação subjetiva).

Da cumulação objetiva trata o art. 573 do CPC. Segundo esta norma, a apresentação de várias execuções contra o mesmo devedor pode realizar-se, ainda que se fundem em títulos distintos, desde que "para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo". Em linhas gerais, os requisitos postos nesta norma não diferem dos que disciplinam a cumulação objetiva no "processo de conhecimento" (art. 292 do CPC). Não se exige que as prestações estejam representadas pelo mesmo título,[3] bastando a identidade do procedimento utilizado e a competência (absoluta) do juízo em que se processará o feito com as demandas cumuladas. Em

[3] Súmula 27 do STJ: "Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio".

vista disto, não se pode cumular uma execução de título judicial com uma baseada em título extrajudicial, ou com uma execução contra a Fazenda Pública, ou com uma execução fiscal, já que distintos são seus procedimentos. Da mesma forma, não se pode cumular execuções cuja competência funcional ou material pertença a órgãos jurisdicionais distintos (*v.g.*, execução de competência originária de tribunal e execução de competência do primeiro grau).

Note-se que a questão da competência relativa é, em princípio, irrelevante, não obstaculizando a cumulação de execuções. É possível executar títulos que deveriam ser satisfeitos em comarcas diferentes, uma vez que, não apresentada oportuna oposição pelo devedor (por meio de exceção de incompetência), haverá prorrogação da competência e o juízo tornar-se-á competente para todas as execuções.

Quanto à cumulação subjetiva – em que se forma litisconsórcio de credores ou devedores ou de ambos – dependerá da satisfação de uma das condições delineadas no art. 46 do CPC, que disciplina o regime geral do litisconsórcio no direito brasileiro. Portanto, para se admitir o litisconsórcio na execução, é no mínimo necessário que exista afinidade de questões, por um ponto comum de fato ou de direito entre as execuções (art. 46, IV).

Como observado no exame da execução de títulos judiciais, é corrente o entendimento de não existir litisconsórcio necessário na execução. A conclusão, todavia, é apressada, pois pode haver situações em que, por imposição legal, devam litigar conjuntamente (no pólo passivo em especial) mais de uma pessoa. O que não se admite, na execução, é o litisconsórcio unitário, já que este processo não tem por objetivo uma decisão, não se cogitando de uma decisão uniforme para todos os litisconsortes.

Seria questionável a possibilidade de se ter cumulação subjetiva e objetiva concomitantemente, havendo, em um só processo, várias execuções contra vários devedores ou por vários credores. Esta possibilidade deve ser admitida *desde que satisfeitas, concomitantemente, as exigências dos arts. 46 e 573 do CPC.* Ou seja, desde que presentes os requisitos para a cumulação objetiva e também aqueles exigidos para a cumulação subjetiva, é admissível a propositura de várias ações executivas, por diferentes credores ou contra distintos devedores.[4]

3.4 A citação do executado

Recebida a petição inicial, fixado o valor dos honorários do advogado do exeqüente e determinada a citação, é necessário promovê-la. A via regular de citação do devedor é o mandado – que pode ou não gerar a necessidade da citação com hora certa – admitindo-se eventualmente o edital, nos casos do art. 231 do CPC. Não se aceita, no processo de execução, a citação por correio (art. 222, *d*, do CPC). Nos casos

[4] Neste sentido, ver STJ, 3.ª T., REsp 34195/RS, rel. Min. Nilson Naves, *DJU* 06.06.1994, p. 14.274; STJ, 4.ª T., REsp 97854/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJU* 30.11.1998, p. 165.

de citação ficta – citação por edital ou com hora certa – se o devedor não comparecer no prazo que a lei lhe concede, deverá o juiz nomear curador especial (art. 9.º, II, do CPC), que terá autorização para representá-lo, inclusive podendo apresentar embargos à execução.[5]

A citação válida do executado produz os efeitos gerais da citação, como delineados no art. 219 do CPC. Deste modo, realizada a citação, torna-se prevento o juízo, induz-se litispendência e torna-se litigiosa a coisa. Outrossim, ainda quando realizada por juiz incompetente, a citação constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição (art. 617 do CPC). A constituição em mora, por conta da citação, só ocorrerá se outro fato anterior já não tiver induzido este efeito.

Quanto ao efeito de tornar litigiosa a coisa, recorde-se o que foi dito anteriormente, ao se apreciar a fraude à execução.[6] A importância deste efeito reside, exatamente, na caracterização da fraude à execução. Entende-se que só com a citação válida do executado as alienações e onerações de bens penhoráveis serão consideradas em fraude à execução (art. 593, II, do CPC) e, portanto, não surtirão efeitos perante a execução. No direito vigente, porém, é possível antecipar o momento em que esta presunção incide a partir da providência disciplinada pelo art. 615-A. Como visto, o credor pode, ao propor a execução, obter certidão da sua distribuição para averbar a existência do processo nos registros de bens do executado. A partir desta averbação, qualquer alienação ou oneração de bem em cujo registro esteja inscrita a existência da ação executiva é considerada em fraude à execução (art. 615-A, § 3.º), independentemente da data da citação do executado. Portanto, não é mais *apenas a citação* que induz o efeito de tornar litigiosa a coisa. O registro prévio da ação executiva conduz à mesma conseqüência.

A prescrição também já foi examinada quando do estudo da execução de títulos judiciais.[7] Importa apenas frisar que a interrupção da prescrição na execução – à semelhança do que ocorre no processo de conhecimento – ocorre com a citação do devedor, *mas retroage à data da propositura da ação*, quando a citação ocorrer dentro dos prazos do art. 219, §§ 2.º e 3.º, do CPC (dez dias, prorrogáveis até noventa dias por decisão judicial). Caso não se promova a citação do executado dentro de tais prazos, *por culpa do exeqüente*, a prescrição será interrompida apenas no momento em que ocorrer a citação.

Segundo o art. 652, *caput*, o executado será citado para, em três dias, promover o pagamento da dívida. Este prazo deve ser contado na forma comum, sem qualquer

[5] Súmula 196 do STJ: "Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos".

[6] Ver, na parte que trata da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, o Capítulo Penhora, item Fraude contra credores e fraude à execução.

[7] Ver, na parte que trata da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, o Capítulo Fase inicial da execução, item Os efeitos do início da execução. A prescrição.

distinção em relação a outro prazo processual. A observação pode parecer desnecessária, mas se impõe porque no regime anterior, no qual se conferia ao devedor o prazo de vinte e quatro horas para pagar ou nomear bens a penhora, a questão encontrava outra solução. Entendia-se que o prazo de vinte e quatro horas era contado a partir da efetiva citação do devedor, e não da juntada aos autos do mandado de citação cumprido.

No direito atual esta orientação não mais se sustenta. Na vigente sistemática da execução nada a autoriza. Por conta disso, o prazo de três dias será contado de acordo com os critérios do art. 241 do CPC. Portanto, o prazo só começará a fluir a partir da juntada aos autos do mandado de citação cumprido ou do término do interregno previsto no edital de citação, na linha do que preceitua o art. 738, *caput*, do CPC.

Não obstante, havendo mais de um executado, o prazo será autônomo para cada um deles, contando-se, então, a partir da juntada aos autos do respectivo mandado de citação, salvo no caso de cônjuges, quando o prazo de ambos será contado a partir da juntada aos autos do último mandado citatório (art. 738, § 1.º, do CPC).

Não encontrando o executado para realizar a citação, o oficial de justiça, antes de restituir o mandado aos autos, realizará o *arresto* de bens em quantidade suficiente para que a execução possa ser satisfeita (art. 653, *caput*, do CPC). Este arresto não se confunde com o arresto cautelar, tratado nos arts. 813 e ss. do CPC. Possui natureza *executiva* e não cautelar, sendo irrelevante a presença ou não da aparência do direito ou do perigo de dano irreparável para a sua concessão. Sua natureza executiva decorre do fato de que antecipa as conseqüências da penhora, não se prestando apenas para garantir a futura execução, como ocorre com o arresto cautelar. Trata-se de medida que independe de decisão judicial, incidindo diante da simples não localização do executado para a citação.

Efetuado o arresto de bens, o oficial, no espaço dos dez dias seguintes, procurará o devedor, pelo menos três vezes em dias distintos, para tentar concretizar a citação. Não o encontrando, certificará no mandado as diligências realizadas, restituindo-o aos autos (art. 653, parágrafo único, do CPC). Retornando o mandado aos autos sem a realização da citação, será o credor intimado para que, no prazo de dez dias, promova a citação do executado por edital. Realizada a citação por edital e findo o prazo nele estabelecido (art. 232, IV, do CPC), correrá então o prazo de três dias para que o devedor realize o pagamento do débito. Não havendo manifestação oportuna do requerido neste período, o arresto será convertido em penhora, seguindo-se a execução em seus ulteriores trâmites (art. 654 do CPC). Neste caso, diante do não comparecimento do executado e de sua citação por edital, deve ser nomeado curador para a defesa dos seus interesses no processo.

3.5 As condutas autorizadas ao executado

No direito revogado, o devedor era citado para pagar *ou nomear bens à penhora* (art. 652, em sua redação anterior à Lei 11.382/2006), o que poderia suscitar a dúvida

sobre se o devedor ainda teria o direito de nomear bens. Porém, diante da nova redação do art. 652, que afirma que o executado deve ser citado para pagar a dívida em três dias, sem fazer qualquer menção à possibilidade de nomeação de bens à penhora, resta claro que o executado *não tem mais a opção entre pagar ou nomear bens à penhora*.

Perceba-se que a possibilidade de nomear bens à penhora não tem sentido em um sistema executivo que confere ao exeqüente o direito de indicar os bens penhoráveis na própria petição inicial e, ainda, permite o processamento da execução na pendência dos embargos à execução. Caso a nomeação de bens à penhora fosse suficiente para impedir o curso da execução na pendência dos embargos, até seria possível sustentar a racionalidade da nomeação de bem à penhora para se evitar a imediata disponibilização de dinheiro. Porém, como a execução deve prosseguir ainda que apresentados embargos, o exeqüente tem o direito de exigir o pagamento (a entrega de dinheiro devido) desde logo, requerendo, em caso de não pagamento no prazo de três dias (art. 652 do CPC), a penhora *on line* sobre valor depositado pelo executado em conta corrente ou em aplicação financeira (arts. 655, I, e 655-A do CPC), pouco importando a intenção em apresentar embargos do executado.

Não efetuado o pagamento integral do débito, o oficial de justiça, de posse da segunda via do mandado de citação, procederá à penhora de bens – que localizar ou que lhe foram indicados pelo exeqüente – e à sua imediata avaliação (quando possível). Lavrado o respectivo auto de penhora, o oficial de justiça intimará de pronto o devedor (art. 652, § 1.º, do CPC).

Isto, porém, não significa concluir que as únicas condutas permitidas ao executado sejam o pagamento imediato da prestação ou a expectativa pela penhora. Na realidade, a lei autoriza o devedor a, no prazo de quinze dias (e não no interregno de três), *reconhecer a existência do crédito demandado pelo credor*, depositando de pronto o equivalente a trinta por cento do valor executado (aí incluídas as custas e honorários advocatícios). Assim agindo, poderá o devedor receber moratória em relação ao restante da dívida, postulando o seu pagamento em até seis parcelas mensais, acrescidas de juros de um por cento ao mês e correção monetária (art. 745-A, *caput*, do CPC). Caso o pedido seja aceito pelo juiz, poderá o credor levantar imediatamente a quantia depositada – e, posteriormente, as parcelas que mais tarde forem depositadas – suspendendo-se a execução até a quitação da dívida. Negado o pedido, manter-se-á o depósito de trinta por cento realizado, seguindo-se os atos executivos (art. 745-A, § 1.º, do CPC). Efetuado o parcelamento, caso o devedor deixe de adimplir com qualquer das parcelas assumidas, haverá o vencimento antecipado de todas as parcelas remanescentes, prosseguindo-se a execução com os atos de expropriação. Neste caso, fica vedada a oposição de embargos à execução, impondo-se ao devedor multa de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas (art. 745-A, § 2.º, do CPC).

Também poderá o executado, no prazo de quinze dias, opor-se à execução por meio de embargos à execução, como se verá adiante. Juntamente com os embargos, poderá o devedor apresentar, se for o caso, as exceções de impedimento, de suspeição

ou de incompetência do juízo (art. 742 do CPC). Tais exceções regem-se pelas regras comuns, pertinentes ao processo de conhecimento, de modo que seu oferecimento determinará a suspensão do processo de execução até a decisão do incidente. Reconhecida a suspeição ou o impedimento do juiz, serão os autos remetidos ao seu substituto legal. Verificada a incompetência relativa do juízo – a incompetência absoluta deverá ser argüida ou em exceção de pré-executividade ou na via dos embargos à execução – o feito será enviado ao órgão jurisdicional reconhecido como competente.

Neste momento inicial, o executado também poderá se defender por meio das chamadas *exceções de pré-executividade*. O termo designa, como já estudado,[8] a defesa apresentada pelo devedor dentro do próprio processo de execução, sem a necessidade do uso dos embargos do executado. Tradicionalmente, os tribunais admitem que, por este modo, o devedor pode alegar questões de ordem pública – as quais o juiz poderia ter examinado de ofício – bem como fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do crédito executado que não necessitem de dilação probatória para sua demonstração.[9] Tratando-se de questão que deveria ter sido examinada de ofício, não se pode aceitar que o descuido ou a omissão voluntária do juiz venham em prejuízo do devedor, que somente teria a via dos embargos à execução para se defender de execução manifestamente inviável. Deve-se permitir que o devedor possa instar o juiz a averiguar a questão de ordem pública, até para que possa extinguir de pronto uma execução que certamente seria malsucedida.

Da mesma forma, havendo exceções substanciais indiretas (*v.g.*, pagamento, novação, compensação ou exceção de contrato não cumprido), que possam ser imediatamente reconhecidas pelo magistrado – porque sua prova é direta, por via documental, dispensando dilação probatória – deve-se admitir que a sua alegação seja feita dentro do processo de execução. Poupa-se o devedor dos custos e da demora dos embargos à execução, permitindo a resolução imediata da execução.[10]

---

[8] Ver, acima, na Parte V, o Capítulo A defesa do executado, item Outras vias de reação do executado, subitem Exceção de pré-executividade.

[9] Cf. STJ, 1.ª T., AgRg no AgIn 775393/RS, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 14.12.2006, p. 272; STJ, 2.ª T., AgRg no AgIn 805123/MS, rel. Min. Castro Meira, *DJU* 11.12.2006, p. 346; STJ, 2.ª T., REsp 769152/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 04.12.2006, p. 283; STJ, 2.ª T., REsp 872300/RJ, rel. Min. Castro Meira, *DJU* 31.10.2006, p. 274.

[10] Esclareça-se que, atualmente, as matérias indicadas como apropriadas para a exceção de pré-executividade podem ser alegadas em embargos à execução. Como os embargos não dependem mais da prévia segurança do juízo, nada impede que o executado apresente de imediato os embargos à execução, alegando os temas que deduziria, internamente à execução, pela via da exceção de pré-executividade. As vantagens da exceção de pré-executividade sobre os embargos à execução são a tempestividade, a informalidade e a economia de custos. Isto recomenda a sua admissão no direito atual, ainda que a via dos embargos à execução não dependa mais da prévia segurança do juízo pela penhora.

3.6 Outras particularidades da execução de títulos extrajudiciais

Não efetuado o pagamento do débito em três dias, o processo segue para a penhora. Esta, como acima mencionado, será feita pelo oficial de justiça sobre os bens que localizar ou que lhe forem indicados pelo exeqüente. Poderá, ainda, o juiz determinar, a qualquer tempo, que o executado indique seus bens penhoráveis, descrevendo-os, estimando os seus valores e apontando a sua localização. Esta intimação será feita na pessoa do advogado do devedor ou, na falta deste, ao próprio réu. O executado deve cumprir esta determinação no prazo de cinco dias, pena de incidir em ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600, IV, do CPC), punível com multa – em favor do autor – de até vinte por cento do valor atualizado do débito, além de sujeitar-se a outras penalidades.[11]

Realizada a penhora – na forma já estudada, quando da análise do procedimento da execução de títulos judiciais – dela será intimado o devedor (art. 652, § 1.º, do CPC) e o credor. A intimação das partes tem por finalidade permitir o exercício da prerrogativa da *substituição dos bens penhorados*, na forma prevista pelos arts. 656 e 668 do CPC.

Em relação à substituição de que trata o art. 656 do CPC, tem ela papel corretivo, ocorrendo quando tenha sido violada alguma determinação referente aos critérios de penhora. Quando a penhora decorrer da indicação de bens pelo credor, não terá ele, obviamente, a faculdade de substituir os bens arrecadados (salvo no caso do inciso VI do art. 656), ficando a autorização reservada ao devedor. Em princípio, a substituição também não é possível nas execuções de créditos com garantia real, em que a penhora deve recair preferencialmente sobre o bem objeto da garantia (art. 655, § 1.º, do CPC).[12]

De todo modo, ressalvados estes casos, poderá haver a substituição do bem penhorado por outro, desde que presente uma das hipóteses contempladas no art. 656. Advirta-se que sempre que o devedor oferecer imóvel em substituição ao bem penhorado, deverá apresentar a anuência expressa do cônjuge, se casado for (art. 656, § 3.º, do CPC).

Por outro lado, a substituição contemplada pelo art. 668 é expressão da regra da menor restrição possível. Trata-se de faculdade outorgada ao executado, que de-

---

[11] Ver, na parte que trata da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, o Capítulo sobre a Penhora, item Procedimento da penhora, subitem A não indicação de bens pelo credor e o dever de o executado indicar os bens segundo a ordem legal do art. 655.

[12] Conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, estando disponível o bem dado em garantia, sobre ele deve recair a penhora, não sendo admissível a constrição de outros bens em seu lugar (STJ, 4.ª T., AgRg no AgIn 300295/GO, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 25.03.2002, p. 291). Não existindo mais o bem dado em garantia, admite-se, por óbvio, a penhora de outros bens (STJ, 4.ª T., REsp 309545/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 09.09.2002, p. 230; STJ, 4.ª T., REsp 2252/SP, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, *DJU* 26.11.1990, p. 13.780).

verá demonstrar que a substituição lhe acarretará menor onerosidade, mas não trará prejuízo algum ao exeqüente. Admitida a substituição neste caso, deverá o executado satisfazer as exigências do parágrafo único do art. 668.[13]

No mais, o procedimento da penhora, assim como o da avaliação e o da expropriação de bens,[14] seguirá o regime examinado quando se estudou a execução dos títulos judiciais, uma vez que, sendo o procedimento o mesmo, há identidade das regras aplicáveis.

[13] Sobre todos estes aspectos, ver o que foi dito, quando se estudou a execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, no Capítulo sobre Penhora, item Procedimento da penhora, subitem A substituição da penhora.

[14] Ver, na parte que trata da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, os Capítulos sobre a Penhora e sobre a Satisfação do credor.

4

Os Embargos à Execução

4.1 Introdução

Conforme antes sublinhado, o processo de execução foi pensado para não ter cognição sobre o crédito exigido em seu bojo, mas apenas para realizar direito já reconhecido. O título executivo faz presumir a existência do direito, não tendo o seu titular a necessidade de demonstrar ao juiz a existência do direito antes de requerer a sua realização ou a execução. Porém, a presunção resultante do título executivo é relativa, de forma que é possível que se venha a demonstrar a inexistência do direito. Entretanto, esta demonstração não se insere na função do processo de execução, devendo ser feita em outra sede.

A defesa do executado não pode ser feita no processo de execução, mas sim em processo de conhecimento, autônomo ao processo de execução, mas incidente sobre o seu curso. Embora hoje se autorize – de forma excepcional – a dedução de algumas defesas dentro do próprio processo de execução, o princípio geral de que o processo executivo se presta para a realização do direito e não para a sua discussão e reconhecimento permanece íntegro. A verdadeira via de defesa do executado, nas execuções de títulos extrajudiciais, é a ação de conhecimento autônoma e incidente ao processo de execução, a que a lei denomina de *embargos à execução.*

A rigor, a expressão "embargos" serve para qualificar vários instrumentos distintos, incidentes sobre momentos diversos da execução, que sempre têm o objetivo de oportunizar ao executado a defesa dos seus interesses. Assim, alude-se aos embargos à execução (art. 736 e ss. do CPC),[1] aos embargos por retenção de benfeitorias (art.

[1] A nomenclatura "embargos à execução" é utilizada apenas para diferençar estes embargos – opostos na primeira fase do processo de execução – dos outros embargos possíveis. Não há qualquer relação do adjetivo empregado com características próprias destes embargos.

745, § 1.º, do CPC) e aos embargos à arrematação, à adjudicação ou à alienação (art. 746 do CPC). As características de todas estas figuras são, basicamente, as mesmas, variando o momento em que podem ser deduzidos e os seus objetos (matérias que discutem).

Em todos estes casos, a defesa do executado não se dá, propriamente, através de instrumentos de simples resistência – como é a impugnação à execução de títulos judiciais ou a contestação no processo de conhecimento. O executado se protege da execução *atacando-a*, seja por aspectos viciados de seu procedimento, seja por defeitos do título apresentado, seja ainda sustentando a insubsistência do crédito afirmado pelo exeqüente. Assim, a defesa se faz por via de *ação*, movida pelo devedor em face do credor.

Por se tratar de uma ação de conhecimento, aplicam-se aqui, salvo regra específica em sentido contrário, os preceitos que disciplinam esse tipo de processo. Todavia, há aspectos próprios dos embargos à execução que serão a seguir examinados. Tomar-se-á como paradigma o regime dos embargos à execução, já que as outras espécies de embargos seguem sua disciplina, subsidiariamente.

4.2 Requisitos de admissibilidade dos embargos à execução

O cabimento dos embargos à execução está condicionado ao preenchimento de certas condições específicas, que se somam à necessidade de se atender às condições da ação e aos pressupostos processuais exigíveis para a admissão de qualquer ação e processo. Deverá, então, o embargante apresentar petição inicial que considere todos estes requisitos.

Em relação à legitimidade para a causa, há uma advertência a ser feita. A dicção do art. 736 do CPC poderia levar à conclusão de que somente o executado, ou seja, aquele que é citado dos termos da execução, possui legitimidade para apresentar embargos à execução. Mas, na realidade, não é assim.

Além do devedor, é legitimado a apresentar embargos à execução – no caso de penhora de imóveis – o seu cônjuge, quando tenha a intenção de discutir o processo de execução ou vícios do título ou do crédito apresentados pelo credor. Outrossim, aquele que, embora sem figurar como executado, tem seus bens penhorados na execução por incidir sobre eles a responsabilidade patrimonial, como é o caso do responsável tributário ou, eventualmente, do sócio (art. 592 do CPC), também possui legitimidade para apresentar embargos à execução.[2]

No pólo passivo dos embargos à execução estará o credor que propôs a ação de execução.

[2] Este não é o caso daquele que tem seus bens *indevidamente* arrecadados pela execução. Para este a lei oferece a via dos *embargos de terceiro*, que constitui forma de proteção possessória contra indevida constrição judicial (art. 1.046 e ss., CPC).

Em regra, não se admite intervenção de terceiros nos embargos à execução, com exceção da assistência. Assim ocorre porque, se na execução não se admite outra forma de intervenção e os embargos prendem-se umbilicalmente ao processo de execução, só existindo para permitir a discussão do crédito ostentado na execução, deve haver paralelo entre as intervenções admitidas em um e outro processo.

No que se refere aos pressupostos específicos para o oferecimento de embargos à execução, deve-se considerar o seguinte:

a) os embargos à execução possuem prazo próprio para serem deduzidos. De acordo com o art. 738, deverão ser opostos no prazo de quinze dias, contado a partir da data da juntada aos autos do mandado de citação, devidamente cumprido. Havendo vários executados, como prevê o art. 738, § 1.º, do CPC, o prazo será autônomo para cada um deles, contado a partir da juntada aos autos de cada mandado de citação, não se aplicando o incremento do art. 191 (art. 738, § 3.º).[3] Se o litisconsórcio for formado por cônjuges, o prazo para ambos será contado a partir da juntada aos autos do último instrumento de citação (art. 738, § 1.º).

No caso de citação por via de carta precatória, diz o art. 738, § 2.º, que "a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação". Portanto, para que tenha início o prazo para o oferecimento dos embargos à execução, não é necessário aguardar o retorno e a juntada da carta precatória aos autos, não incidindo a regra do art. 241, IV, do CPC. Bastará a juntada da comunicação da realização da citação no juízo deprecado para que tenha início o prazo para os embargos. Elimina-se, assim, o problema prático inerente à aplicação da tese que propunha, quando da citação por carta precatória, a observância de dois prazos distintos para os embargos, conforme a matéria discutida.[4]

b) o oferecimento dos embargos à execução não exige mais a prévia segurança do juízo (art. 736 do CPC). Antes da Lei 11.382/2006, o executado apenas poderia opor embargos à execução depois de realizada a penhora de seus bens.[5] No atual regime, não é mais condição para a apresentação dos embargos à execução a efetivação prévia da penhora. Vale dizer que, assim que citado – ou, eventualmente, mesmo

[3] "Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos."

[4] Sustentava-se que, se o embargante pretendesse discutir questões praticadas exclusivamente pelo juízo deprecado, deveria apresentar os embargos no prazo de quinze dias, contado da juntada do mandado citatório *na carta precatória*. Ao contrário, se pretendesse discutir questões gerais do processo (praticadas no juízo deprecante ou em ambos), o prazo para os embargos seria de quinze dias, contado da juntada *aos autos de execução da carta precatória cumprida*.

[5] Eram ressalvados apenas os casos em que a lei expressamente dispensava a penhora de bens (como acontecia na execução contra a Fazenda Pública) e as situações em que o executado fosse evidentemente pobre, não dispondo de bens penhoráveis.

antes deste momento, caso em que seu comparecimento voluntário suprirá a falta da citação (art. 214, § 1.º, do CPC) –, pode o devedor apresentar embargos à execução, desde que o faça antes do término do prazo legal.

A segurança do juízo – que pode ocorrer por penhora, depósito ou caução suficientes – não é mais condição para a apresentação de embargos à execução. Tornou-se apenas pressuposto para a outorga de efeito suspensivo a estes embargos (art. 739-A, § 1.º, do CPC). Ou seja, no regime atual, o devedor pode opor embargos do executado independentemente da penhora de seus bens. Porém, só poderá pleitear a atribuição de efeito suspensivo aos embargos – de modo a paralisar a execução enquanto discute o direito demandado – quando o juízo estiver garantido por penhora, depósito ou caução suficientes.

Em casos excepcionais, porém, poderá o juiz conceder efeito suspensivo aos embargos mesmo que o juízo não esteja seguro. Poderá haver situação em que, de pronto, verifique-se a inviabilidade do prosseguimento da execução, ou ainda surgir caso em que o executado não disponha de patrimônio suficiente para garantir o juízo, embora aparente razão nas alegações oferecidas nos embargos. Em que pese a referência expressa à garantia prévia para a atribuição do efeito suspensivo, não se pode outorgar à penhora, ao depósito e à caução o valor de *condição insuperável* para a suspensão da execução. Esta condição deve ser superada quando a inviabilidade da execução for *demonstrável de plano, não dando margem à dúvida*. De outra parte, é possível que o executado não tenha dinheiro para fazer depósito ou prestar caução suficientes e o seu bem penhorável não seja capaz de garantir o juízo. Nesta situação, presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo (art. 739-A, § 1.º) *e demonstrada a insuficiência patrimonial do executado, excepcionalmente* poderá o juiz determinar a suspensão da execução.

c) a matéria alegável nos embargos à execução é definida no CPC. Segundo o art. 745, o executado pode apenas alegar: "I – nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; II – penhora incorreta ou avaliação errônea; III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); V – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento". Embora estes incisos abarquem, praticamente, toda a matéria alegável, os demais temas, não inseridos neste rol, dependerão de outra ação para serem deduzidos.

Caso o embargante pretenda alegar excesso de execução, deverá de imediato indicar o valor que entende efetivamente devido, apresentando a discriminação do cálculo procedido, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou do não conhecimento deste fundamento, se estiver cumulado com outro (art. 739-A, § 5.º, do CPC). De acordo com o art. 743, caracteriza-se o excesso de execução: "I – quando o credor pleiteia quantia superior à do título; II – quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; III – quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença;[6] IV – quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582); V – se o credor não provar que a condição se realizou".

d) finalmente, embora o CPC não o considere expressamente, há outro requisito específico para a apresentação dos embargos à execução: a viabilidade aparente da tese apresentada pelo executado. Os embargos não poderão mostrar-se, *prima facie*, protelatórios, devendo revestir-se de um mínimo de seriedade. As alegações apresentadas devem ter alguma plausibilidade. Exatamente por isto, se o juiz verificar de pronto que os embargos são meramente protelatórios, deverá rejeitar liminarmente a inicial (art. 739, III, do CPC).

4.3 O efeito suspensivo dos embargos à execução

Observou-se que o recebimento dos embargos à execução não tem mais o efeito de suspender a execução (art. 739-A do CPC). O seu oferecimento não mais suspende, *ipso facto*, o curso da execução. No sistema atual, este efeito suspensivo deixou de ser *ex lege* para tornar-se *ope iudicis*. Ou seja, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos depende de decisão judicial que, considerando os requisitos do art. 739-A, § 1.º, defina sobre a necessidade da suspensão da execução.

A outorga do efeito suspensivo aos embargos dependerá da verificação das seguintes condições (art. 739-A, § 1.º, do CPC):

i) existência de requerimento do embargante, não podendo ocorrer de ofício;

ii) relevância dos fundamentos apontados nos embargos, ou seja, da aparência de procedência dos argumentos nele apresentados;

iii) perigo manifesto de dano grave, de difícil ou incerta reparação, em decorrência do prosseguimento da execução. Por óbvio, este perigo não se caracteriza tão-só pelo fato de que bens do devedor poderão ser alienados no curso da execução, ou porque dinheiro do devedor pode ser entregue ao credor. Fosse suficiente este risco, *toda execução deveria ser paralisada pelos embargos*, já que a execução que seguisse *sempre conduziria à prática destes atos expropriatórios e satisfativos*.

O perigo a que alude a lei é outro, distinto das *conseqüências "naturais" da execução*, embora possa ter nelas a sua origem. Assim, por exemplo, a alienação de um bem com elevado valor sentimental (*v.g.*, jóia de família) ou de que dependa o sustento da família do executado. Nestes casos, o dano não está propriamente na alienação do bem penhorado, mas advém da *qualidade especial* do bem que, ao ser retirado do patrimônio do devedor, ocasionará prejuízo grave e de difícil ou incerta reparação;

[6] Este caso, obviamente, não tem mais cabimento, tendo sido implicitamente revogado, diante da inexistência de embargos na execução de título judicial.

iv) garantia do juízo, pela penhora, depósito ou caução suficientes. A outorga de efeito suspensivo aos embargos está condicionada – como antes foi sublinhado – à prévia penhora de bens na execução (ou a garantia equivalente). Contudo, como também foi demonstrado no item precedente, esta segurança nem sempre deverá ser exigida como condição *sine qua non* para a concessão do efeito suspensivo. Não obstante, é certo que, ressalvados estes casos excepcionais, a regra será a necessidade da garantia do juízo.

Mas não basta ter ocorrido a penhora de quaisquer bens para que se possa pleitear o efeito suspensivo. É preciso que a penhora haja atingido bens *suficientes* para garantir a execução. Enquanto não se tenha arrecadado bens em valor suficiente, ou seja, que aparentemente será bastante para saldar o crédito demandado na execução, não se permite o pleito de efeito suspensivo.

De outro lado, o efeito suspensivo pode ser modulado, de forma a atender exatamente ao objetivo de não sacrificar indevidamente o exeqüente que aguarda a satisfação de seu crédito. Por isto, se os embargos impugnarem apenas parcela do crédito executado, ou se o efeito suspensivo deferido limitar-se a uma parte do objeto da execução, deverá o processo executivo seguir quanto à parte restante (não impugnada ou a cuja impugnação não se atribuiu efeito suspensivo). Do mesmo modo, se apenas um dos executados oferecer embargos à execução, ou se apenas aos seus embargos for dado o efeito suspensivo, a execução prosseguirá quanto aos demais devedores, salvo quando o motivo que determinou a suspensão da execução for comum aos demais executados (art. 739-A, § 4.°, do CPC).

Segundo preceitua o art. 739-A, § 6.°, a concessão de efeito suspensivo à execução não inibirá a prática de atos de penhora e de avaliação. Supõe-se que estes atos são incapazes de gerar prejuízo ao executado, servindo para a garantia da execução. Porém, se destes atos manifestamente puder advir prejuízo grave ao executado – como poderia ocorrer com a ordem de depósito, em mãos de terceiro, de bem imprescindível ao sustento da família –, a regra não deve ter aplicação.

A decisão sobre a concessão ou não de efeito suspensivo aos embargos à execução é sempre *instável*. Vale dizer que ela não está sujeita a preclusão, podendo ser revista a qualquer tempo pelo juiz se sobrevierem modificações no estado de fato ou de direito da causa (art. 739-A, § 2.°, do CPC).

4.4 O procedimento dos embargos à execução

Os embargos à execução serão apresentados através de petição inicial, que deve preencher os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC. Recorde-se que a causa de pedir dos embargos está limitada às matérias enumeradas no art. 745, sendo necessária a demonstração, de plano, da plausibilidade dos argumentos oferecidos.

A petição inicial será distribuída por dependência ao juízo da execução, autuando-se os embargos em apartado, devendo estar instruídos com cópias "das peças

processuais relevantes" (art. 736, parágrafo único, do CPC), que podem ser autenticadas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade.

Deverá o juiz rejeitar liminarmente os embargos: "I – quando intempestivos; II – quando inepta a petição (art. 295); ou III – quando manifestamente protelatórios" (art. 739 do CPC). A hipótese de inépcia deve ser precedida, quando sanável o defeito, da prévia intimação do executado para emendar a petição inicial no prazo de dez dias, sob pena do seu indeferimento. A petição inicial dos embargos somente poderá ser indeferida quando o executado deixar de apresentar a emenda determinada. Da decisão que indefere a petição inicial dos embargos cabe recurso de apelação (art. 296 do CPC).

Estando em ordem a petição inicial, será determinada a citação do exeqüente, para que possa apresentar defesa no prazo de quinze dias (art. 740 do CPC). Não há espaço para reconvenção e ação declaratória incidental nos embargos à execução, por conta da simplificação procedimental que se lhe pretende imprimir. Apenas no caso de embargos de retenção por benfeitorias admite-se a apresentação de pedido contraposto pelo exeqüente-embargado, que pode solicitar a compensação do valor exigido pelas benfeitorias com os frutos e os danos que entender devidos pelo embargante (art. 745, § 1.°, do CPC). Também não se cogita da apresentação de exceção de incompetência – salvo nos embargos à execução por carta, como será adiante examinado –, visto que, se houvesse o defeito em questão, este seria do próprio processo de execução, que foi instaurado no local escolhido pelo credor. Portanto, as possíveis defesas cabíveis estão limitadas à contestação e, em tese, à exceção de suspeição e de impedimento (quando ocorrer a alteração do juiz do processo na época do oferecimento dos embargos).

A caracterização da revelia nos embargos à execução merece reflexão. Sabe-se que o efeito material da revelia decorre da presunção de que o réu, não tendo defesa plausível a oferecer, conforta-se com o silêncio, assumindo como verdadeiros os fatos alegados pelo autor (art. 319 do CPC). Porém, nos embargos à execução há presunção de existência do direito em favor do exeqüente-embargado, decorrente da presença do título executivo. Deste modo, caso os embargos tenham como fundamento a inexistência do direito que o título faz presumir, a não apresentação de defesa pelo exeqüente-embargado não faz presumir a veracidade da alegação do executado-embargante.

Tome-se o seguinte exemplo para ilustrar melhor o problema. Nos embargos à execução, o embargante alega que o crédito demandado já foi pago; o embargado é revel, mas a posse do título faz presumir a existência da dívida e a ausência do pagamento (art. 905 do CC). Neste caso, embora revel o embargado, o embargante deverá demonstrar a sua alegação (o pagamento), exibindo a prova da quitação. Ou seja, o ônus da prova, ainda que diante da revelia do embargado, é do embargante-executado.

Convém notar que este raciocínio apenas se aplica quando o fundamento dos embargos diz respeito ao direito presumido em razão do título executivo. Fora daí – se é alegado, por exemplo, vício de penhora, avaliação errônea dos bens ou cumulação indevida de execuções –, o silêncio do exeqüente-embargado implica a aceitação da veracidade das alegações do embargante.

Apresentada ou não a resposta do embargado, deverá o juiz proceder ao imediato julgamento do pedido – se a questão discutida for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, dispensar provas em audiência – ou designar audiência de conciliação, instrução e julgamento, em prazo razoável (art. 740 do CPC). Na audiência, frustrada a tentativa de conciliação, serão colhidas as provas, após o que o juiz proferirá sentença, imediatamente ou no prazo de dez dias.

4.5 Sentença e apelação nos embargos à execução

Os embargos à execução constituem processo autônomo; o seu encerramento se dá por sentença. Este ato judicial poderá assumir qualquer das espécies previstas nos arts. 267 e 269 do CPC. Em qualquer dos casos, verificando o juiz o caráter protelatório dos embargos, *deverá* impor multa ao embargante, em favor do embargado, de até vinte por cento do valor em execução, compreendidas as custas e os honorários advocatícios (art. 740, parágrafo único, do CPC).

Recorde-se que o acolhimento dos embargos do executado não desfaz a alienação do bem eventualmente arrematado, salvo se a decisão for proferida antes de assinado o auto de arrematação (art. 694, *caput*, do CPC). O mesmo não vale para a adjudicação, porque aqui não há interesses de terceiros de boa-fé a serem protegidos.[7]

A sentença proferida nos embargos à execução é sujeita a apelação, não importando o seu conteúdo. Sujeita-se à imutabilidade da coisa julgada, tornando indiscutível o que foi decidido. Por isto, pode ser objeto de ação rescisória, caso presentes os respectivos pressupostos.

4.6 A atribuição de efeito suspensivo aos embargos e a execução na pendência da apelação contra a sua sentença de improcedência. A execução de título extrajudicial no regime da execução da decisão provisória

A Lei 11.382/2006, alterou a redação do art. 587 do CPC, que passou a estabelecer o seguinte: "É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é

[7] Ver, na parte que trata da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, no Capítulo 5, os itens A procedência da impugnação e a sorte da adjudicação (5.3.3) e A arrematação judicial (5.5.3).

provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, *quando recebidos com efeito suspensivo* (art. 739)".

A redação do artigo mudou em razão de a execução da *sentença provisória* ter sido transferida do Livro do Processo de Execução (Livro II, Título I, Capítulo III, Seção II, art. 587) para o Livro do Processo de Conhecimento (Livro I, "Do processo de conhecimento"; Título VIII, "Do procedimento ordinário"; Capítulo X, "Do cumprimento da sentença", art. 475-O). O art. 587, em sua nova redação, passou a tratar exclusivamente da execução de título extrajudicial, deixando de lado a execução de sentença.

Os embargos do executado, que antes tinham que ser "sempre recebidos com efeito suspensivo", agora não mais "terão efeito suspensivo". Esta situação decorre da supressão do antigo § 1.º do art. 739 e da inserção do art. 739-A pela Lei 11.382/2006. Não obstante, o mesmo art. 739-A assim estabelece, nos seus dois primeiros parágrafos: "§ 1.º O juiz poderá, a requerimento do embargante, *atribuir efeito suspensivo aos embargos* quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. § 2.º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, *ser modificada ou revogada a qualquer tempo*, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram".

Ou seja, embora os embargos do executado não mais devam ser recebidos no efeito suspensivo, o juiz poderá atribuir-lhes tal efeito quando presentes as circunstâncias descritas no referido § 1.º do art. 739-A.

O art. 587 fala, em sua primeira parte, que "é definitiva a execução fundada em título extrajudicial". Trata-se da mais pura mostra de desperdício legislativo, pois é pouco mais do que é óbvio que a execução fundada em título executivo extrajudicial é definitiva, já que não existe título executivo *extrajudicial* provisório, mas apenas sentença ou título executivo *judicial* provisório.

A segunda frase do art. 587 diz que "é provisória [a execução fundada em título extrajudicial] enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo". Neste ponto, ao invés de haver desperdício legislativo, há equívoco técnico-jurídico. Isto porque se busca, com esta norma, apenas disciplinar uma forma de restrição ao exercício da execução (obviamente definitiva) de título extrajudicial.

No § 1.º do art. 739-A fala-se em atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, "*sendo relevantes seus fundamentos*, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação". Afirma-se, na segunda parte do art. 587, que deve ser observado o regime da execução da decisão provisória durante a pendência da apelação interposta contra a sentença de improcedência dos embargos do executado recebidos no efeito suspensivo. Note-se que o art. 587 não diz que a apelação suspende os efeitos da sentença, nem mesmo que

deve ser mantido o efeito suspensivo dos embargos, mas sim que a execução passa a se submeter ao regime da execução da decisão provisória, instituído no art. 475-O.[8]

Ou melhor, na pendência da apelação contra a sentença de improcedência dos embargos recebidos no efeito suspensivo, *a execução tem as mesmas restrições e sujeições da execução da decisão provisória e não os limites impostos pelo efeito suspensivo dos embargos.*

O § 6.º do art. 739-A, ao definir o alcance do efeito suspensivo atribuído aos embargos, diz que "a concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens". Por exclusão, compreende-se que o efeito suspensivo dos embargos não permite "o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade". Ao contrário, o art. 475-O, III, permite a prática de tais atos, desde que prestada caução suficiente e idônea, o que significa que o efeito suspensivo dos embargos limita a execução, tornando-a incompleta, enquanto as restrições e sujeições impostas pelo art. 475-O não têm o efeito de impedir o exaurimento da execução, mas apenas o de subordiná-la a garantias que protegem o executado.

Como o juiz, para receber os embargos no efeito suspensivo, deve entender presentes i) a relevância dos seus fundamentos e ii) o perigo de dano grave, não há racionalidade em supor que, quando proferida sentença de improcedência dos embargos – e assim descartada a relevância dos seus fundamentos –, deva necessariamente ser mantido o efeito que pressupunha tal requisito, então declarado expressamente inexistente.

Porém, como o efeito suspensivo dos embargos também se funda em receio de dano grave, e esse pode se manter presente ainda que a sentença seja de improcedência, o legislador encontrou um meio-termo entre a manutenção do efeito suspensivo e a liberação da execução sem qualquer restrição. Este "meio-termo" está na subordinação da execução ao regime do art. 475-O. Nem suspensão da execução, nem liberação da execução sem restrições, mas sim subordinação da execução ao regime da execução da decisão provisória.

Neste caso, a execução não apenas se submete às restrições dos incisos do art. 475-O, como também se subordina aos §§ 2.º e 3.º deste mesmo artigo. A execução de título executivo extrajudicial, quando os embargos são recebidos com efeito suspensivo e julgados improcedentes, não permite "o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade" sem a prestação de "caução

[8] Antes da Lei 11.382/2006, os embargos tinham necessariamente efeito suspensivo e a execução prosseguia sem qualquer restrição na pendência da apelação contra a sentença de improcedência dos embargos. Atualmente, os embargos não devem, em princípio, ser recebidos no efeito suspensivo, mas este efeito, caso concedido, fará com que a execução, diante da apelação contra a sentença de improcedência, submeta-se ao regime da execução da decisão (sentença) provisória (art. 475-O do CPC).

suficiente e idônea". Ademais, nesta hipótese, a execução de título extrajudicial "corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença [de improcedência dos embargos] for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido" (art. 475-O, I, do CPC). Pela mesma razão, a execução "fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução [*rectius*: a sentença de improcedência dos embargos], restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento" (art. 475-O, II, do CPC).

Perceba-se que o art. 587 não dá qualquer margem de poder para o juiz aferir, de ofício, a persistência do receio de dano. A norma simplesmente diz que a execução "é provisória [*rectius*: subordina-se ao regime da execução da decisão provisória] enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo".

Lembre-se, porém, que o art. 739-A, § 2.º, diz que "a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, *cessando as circunstâncias* que a motivaram". Embora esta norma aluda apenas à "decisão relativa aos efeitos dos embargos", é evidente que, "cessando a circunstância" caracterizadora do receio de dano grave, não há razão para se observar o regime de restrições do art. 475-O. Ora, se a cessação de tal circunstância importa na revogação da decisão que recebeu os embargos com efeito suspensivo, e a subordinação ao regime do art. 475-O *depende* de os embargos terem sido recebidos em tal efeito, não há dúvida de que o desaparecimento do motivo para o recebimento dos embargos com efeito suspensivo deve liberar a execução das restrições do art. 475-O. Contudo, para que a execução deixe de se subordinar ao art. 475-O, cabe ao exeqüente, demonstrando a cessação do receio de dano grave, pedir ao juiz ou ao tribunal que libere a execução sem restrições.

Desta forma, embora a passagem do efeito suspensivo dos embargos para o regime de restrições do art. 475-O seja automática ou independente da aferição judicial da persistência do perigo – já que tal juízo não pode se dar sem requerimento –, o exeqüente pode pedir ao juiz ou ao tribunal, diante da cessação de tal circunstância, a liberação da execução das restrições do art. 475-O.

Não há qualquer dúvida de que a execução de título executivo extrajudicial é sempre definitiva, já que, obviamente, não existe título extrajudicial provisório. A execução de título executivo extrajudicial se inicia com natureza definitiva e sempre conserva tal natureza, seja quando os embargos do executado são recebidos com efeito suspensivo, seja quando se processa a apelação contra a sentença de improcedência dos embargos recebidos com tal efeito. Daí por que já se apontou o equívoco do art. 587 em atribuir natureza *provisória* à execução de título executivo extrajudicial.

Porém, nada impede que a execução de título extrajudicial, de natureza essencialmente definitiva, *seja limitada ou incompleta*, no caso em que os embargos são recebidos com efeito suspensivo, ou *completa, mas sujeita a restrições*, enquanto

pende a apelação contra a sentença dos embargos recebidos com efeito suspensivo. A execução, ainda que fundada em título executivo extrajudicial (definitivo), pode ser incompleta ou sujeita a restrições, revelando opções legislativas que, como é evidente, devem estar de acordo com os direitos fundamentais processuais.

A opção do legislador parte da constatação de que a sentença de improcedência dos embargos não elimina o requisito do receio de dano, imprescindível para o recebimento dos embargos com efeito suspensivo. A partir desta constatação, entende ser racional que a execução, na pendência da apelação contra a sentença de improcedência dos embargos recebidos com efeito suspensivo, submeta-se ao regime do art. 475-O.

Não há dúvida que a plena ou completa realização da execução, sem qualquer restrição, na pendência da apelação contra a sentença de improcedência dos embargos, pode trazer prejuízo irreversível ao executado. De modo que, se a improcedência dos embargos não elimina um dos requisitos para o seu recebimento com efeito suspensivo, precisamente o receio de dano grave, não há qualquer inconstitucionalidade em submeter a execução de título extrajudicial, nas circunstâncias previstas na segunda parte do art. 587, ao regime da execução da decisão provisória, desde que garantindo-se ao exeqüente a possibilidade de, demonstrando a cessação do perigo de dano, requerer a liberação da execução das restrições do art. 475-O.

Perceba-se que, tratando-se de execução de decisão provisória, a subordinação aos requisitos do art. 475-O é mera conseqüência da admissão, por parte da lei (por exemplo, art. 520 do CPC), da execução da decisão na pendência do recurso. Isto porque, em tal caso, o título (a decisão) é provisório, já que a decisão é sujeita a confirmação pelo tribunal. Porém, o título executivo extrajudicial é definitivo, jamais provisório ou sujeito a confirmação em juízo. A execução de título extrajudicial apenas se sujeita aos requisitos do art. 475-O quando presente o perigo de dano, constatado pela decisão que recebeu os embargos com efeito suspensivo.[9]

O art. 520, V, do Código de Processo Civil – não alterado pela Lei 11.382/2006 –, diz que a apelação deve ser recebida *só no efeito devolutivo* quando interposta de sentença que "rejeitar liminarmente embargos à execução ou *julgá-los improcedentes*". A sentença de improcedência dos embargos à execução, antes da Lei 11.382/2006, fazia desaparecer o efeito suspensivo, liberando o prosseguimento da execução de título extrajudicial *sem quaisquer restrições*. Após a Lei 11.382/2006, a sentença de improcedência, embora também faça desaparecer o efeito suspensivo, automaticamente e por mera imposição legal sujeita a execução ao regime do art. 475-O. De modo que, mesmo depois da Lei 11.382/2006, o recurso de apelação continua a ser recebido apenas no efeito devolutivo, sem tocar no ponto da sentença que fez desaparecer o efeito suspensivo, transformando-o em sujeição às restrições do art. 475-O.

A execução de título extrajudicial é sempre – por natureza – definitiva, podendo ser i) incompleta ou completa e ii) sujeita a restrições ou não, conforme i) tenha sido atribuído efeito suspensivo aos embargos do executado ou ii) existam restrições à execução na pendência da apelação. Quando são impostas restrições ao exercício da execução na pendência da apelação, ou atribuído efeito suspensivo aos embargos, não se transforma a execução de título extrajudicial de definitiva em provisória – como atecnicamente sugere o art. 587.

Se a execução, diante do efeito suspensivo dos embargos, é simplesmente limitada, deixando de ser completa para ser incompleta – em razão de não poder prosseguir no rumo dos atos executivos capazes de satisfazer o direito do exeqüente –, a execução na pendência da apelação é completa, embora submetida a restrições, em conformidade com o art. 475-O.

O art. 587 atribui, por evidente lapso, a *qualidade de provisória* à execução realizada na pendência da apelação contra a sentença de improcedência dos embargos do executado recebidos no efeito suspensivo. Ora, a qualidade de provisória serve apenas para distinguir o título executivo judicial, nunca o título executivo extrajudicial, que jamais poderá ser provisório.

O art. 587, segunda frase, pretende apenas subordinar a execução às restrições do art. 475-O. Isto quer dizer que a execução de título extrajudicial, na pendência da apelação, jamais será provisória, mas poderá ser, em casos excepcionais, sujeita às restrições da execução da decisão provisória (art. 475-O do CPC).

4.7 Os embargos à arrematação, à alienação e à adjudicação

Além dos embargos à execução, poderá o executado apresentar outra ação semelhante, até o limite de cinco dias após a adjudicação, a alienação ou a arrematação. A estes embargos dá-se o nome de embargos à adjudicação, à alienação ou à arrematação, conforme o caso.

Nestes embargos, poderá o executado deduzir qualquer causa de nulidade da execução ou causa extintiva da obrigação, desde que seja superveniente à penhora (art. 746 do CPC). A rigor, é possível dizer que esta figura é uma extensão dos embargos à execução. Porque os embargos à execução têm prazo preclusivo para serem apresentados (quinze dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação), as

[9] Neste ponto, e como apoio da nossa argumentação, torna-se oportuno registrar antiga lição de Humberto Theodoro Júnior: "Autorizar a reabertura da execução em caráter definitivo [*rectius*: autorizar a liberação da execução sem qualquer restrição] quando provisória é a rejeição dos embargos, é medida que se nos afigura temerária, *diante dos irremediáveis prejuízos que poderá acarretar ao embargante, caso seja vitorioso na solução do recurso*. A nosso ver, só as situações indiscutíveis, de plena certeza jurídica, autorizam o juiz a ultimar os atos de alienação forçada dos bens penhorados. Por isso, se pende apelação ou outro recurso da decisão que rejeitou os embargos, mesmo que de efeito apenas devolutivo, como o agravo ou o recurso extraordinário, solução definitiva da lide não existe, e a reabertura da execução só se poderá dar a título precário, isto é, como medida provisória" (*Processo de execução*, p. 141-142).

questões que não puderam ser deduzidas nesta via poderão ser alegadas nos embargos à arrematação, à adjudicação ou à alienação.

Exatamente porque o objetivo destes novos embargos é permitir a discussão de questões que não puderam ser deduzidas nos embargos à execução, deve-se dar interpretação ampliativa à exigência legal de que os fundamentos sejam *supervenientes à penhora*. Na realidade, pode-se alegar nos embargos à arrematação, à adjudicação ou à arrematação qualquer questão que não tenha sido possível deduzir nos embargos à execução. Assim, mesmo temas anteriores à penhora poderão integrar a causa de pedir dos segundos embargos. Bastará que se prove que a questão não foi ventilada nos embargos do executado por razão justa – a exemplo do desconhecimento do fato ou da inviabilidade de sua prova – para que se permita que a alegação seja feita nesta nova via.

Seguirá esta ação o mesmo procedimento previsto para os embargos à execução. Poderá receber efeito suspensivo a critério do juiz (se preenchidos os requisitos do art. 739-A, § 1.º, do CPC), admitindo contraditório, provas e sentença, à semelhança do que ocorre nos embargos à execução.

Apresentados os embargos, poderá o adquirente desistir da arrematação do bem, a seu livre critério, sendo restituído da importância depositada (art. 746, §§ 1.º e 2.º, do CPC). Precisamente por esta razão, embora caiba ao arrematante, em regra, depositar imediatamente a quantia do lanço vencedor, este valor não deve ser entregue ao exeqüente, senão depois de transcorrido o prazo de cinco dias da assinatura do auto de arrematação. Assim, evita-se o complexo procedimento necessário para reaver o *quantum* entregue ao credor.

Ainda neste caso, à semelhança do que ocorre com os embargos à execução, considerando o juiz que os embargos à arrematação, à alienação ou à adjudicação têm caráter meramente protelatório, deverá impor multa ao embargante até o limite de vinte por cento do valor da execução, a reverter em favor do arrematante que, diante dos embargos, desistiu da aquisição (art. 746, § 3.º, do CPC).

4.8 Os embargos na execução por carta

O processo de execução pode exigir a prática de atos fora do âmbito da competência territorial do juiz da execução, especialmente consistentes na penhora, na avaliação e, eventualmente, na alienação de bens. Estes atos, por óbvio, não podem ser praticados diretamente pelo juízo da execução, que não tem autoridade nestes outros locais.[10] Será necessário, então, obter a colaboração da autoridade judiciária

[10] Recorde-se que não tem aplicação, neste contexto, o art. 230 do CPC, que autoriza o oficial de justiça a realizar citações e intimações em comarcas contíguas, de fácil comunicação ou pertencentes à mesma região metropolitana. A autorização legal limita-se à efetivação de citações e intimações, não abrangendo a penhora, a avaliação ou a expropriação de bens.

local, por meio de cartas precatórias. Nestes casos, o juízo da execução deverá solicitar ao juízo deprecado a realização de penhora e avaliação sobre os bens, normalmente também pedindo a realização da alienação.

Esta cisão dos atos executivos poderá importar em situação problemática, no momento em que for necessário apreciar os atos praticados nos juízos deprecante ou deprecado, devidamente impugnados por uma das partes através de embargos. Afinal, os dois juízes envolvidos estão no mesmo patamar hierárquico, não havendo autoridade de um sobre o outro. Assim, como poderia um juiz julgar os atos praticados pelo outro, desconstituindo-os?

A questão é resolvida pelo art. 747 do CPC, ao dizer que, "na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens". Por outras palavras, a lei distribui entre os juízes envolvidos a competência para processar e julgar os embargos, *segundo a origem do ato impugnado*. Assim, o juízo deprecado deverá julgar os embargos que tratem de impugnação aos atos – penhora, avaliação e alienação – por ele praticados. O juízo deprecante terá competência para decidir os embargos nos demais casos, bem como naqueles em que se discutam atos praticados pelo juízo deprecado e outras questões.[11]

De todo modo, não tem o embargante o ônus de indicar correta e precisamente o juízo em que os seus embargos serão decididos. Poderá ajuizá-los tanto no juízo deprecante quanto no juízo deprecado. Caberá aos juízes a tarefa de verificar o juízo competente para julgar os embargos. Eventual erro na distribuição dos embargos autoriza as partes a deduzirem exceção de incompetência, no prazo de quinze dias (art. 305 do CPC) a partir do ato que atribuiu a um dos juízes a competência para julgá-los.

[11] Súmula 46 do STJ: "Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens".

5

Execução das Prestações de Fazer, Não Fazer e Entregar Coisa Contempladas em Títulos Executivos Extrajudiciais

5.1 Introdução

Os títulos extrajudiciais podem contemplar prestações distintas das de pagar quantia certa. Poderão – especialmente os títulos previstos no art. 585, II – impor obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa. Com efeito, é facilmente imaginável contrato, feito por escritura pública, em que alguém se compromete a entregar bem a outrem, ou acordo homologado pelo Ministério Público, pelo qual um sujeito assume a obrigação de realizar obra para outro.

Assim, é necessário disciplinar os instrumentos que podem ser utilizados para a execução destas prestações. O Código de Processo Civil trata do tema entre os arts. 621 e 645, aplicando-se, subsidiariamente, as regras que regem o processo de execução por quantia certa.

As técnicas executivas que a seguir serão estudadas dizem respeito ao *processo de execução* de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa. Ou melhor, apenas se regem por esta disciplina as execuções apoiadas em *título executivo extrajudicial*, pois os títulos judiciais são executados na forma prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC (cf. o art. 475-I). Se o sujeito não dispõe de título executivo, cabe-lhe propor as ações reguladas nos arts. 461 e 461-A, em que poderá obter sentença e meio de execução adequados à tutela do direito material. Mas, possuindo título executivo extrajudicial, o credor deverá propor ação de execução, já que não tem interesse processual em propor ação que passe pela *fase de conhecimento*, em que seria possível a discussão do direito espelhado no título executivo.

Porém, é importante advertir que a ação do art. 461 dá ao juiz uma ampla latitude de poder executivo, bem mais extensa da que lhe é outorgada pelas normas

que regem o processo de execução de título extrajudicial. No processo de execução de título extrajudicial, apenas se admite o meio coercitivo da multa periódica (art. 645 do CPC) ou, eventualmente, a sub-rogação do fato a terceiro e a conversão da obrigação original em perdas e danos. Já o art. 461, § 5.º, contém regra processual aberta, que dá ao autor e ao juiz o poder de utilizar a técnica executiva adequada (de acordo com as regras do meio idôneo e da menor restrição possível) ao caso concreto.[1]

Não obstante, o detentor do título executivo não pode ser obrigado a abdicar da via do processo de execução para se sujeitar à ação que, para permitir a tutela do direito, tem que passar pela fase de conhecimento. Quem tem acesso direto à execução não pode ser obrigado a passar pela fase de conhecimento apenas para poder se valer de meios de execução efetivos. Por outro lado, não há como conceber, à luz dos direitos fundamentais processuais, que o legislador tem intenção de outorgar ao detentor de título executivo meios de execução inidôneos. O detentor de título, além de não poder ser obrigado a suportar a fase de conhecimento, deve ter à sua disposição meios de execução adequados.

Assim, se determinado caso concreto demonstrar a inidoneidade dos meios de execução, deverá o juiz, ainda que diante de ação de execução de título extrajudicial, valer-se da regra processual aberta do art. 461, § 5.º. Neste caso, como é óbvio, o juiz estará considerando o seu dever de dar tutela efetiva aos direitos e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – consagrado no art. 5.º, XXXV, da CF –, devendo justificar a razão pela qual se tornou necessária a utilização de modalidade executiva a partir de tal cláusula aberta, a qual, além de idônea à tutela do direito, deve ser a que, nesta dimensão, traz a menor restrição possível à esfera jurídica do executado.

5.2 Questões gerais da execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa

A execução das prestações não monetárias (fazer, não fazer e entregar coisa), fundadas em título extrajudicial, inicia-se com a apresentação de petição inicial, que observará os requisitos do art. 282 do CPC, sendo distribuída ao juiz competente segundo as regras ordinárias que tratam da matéria. É dispensada a exibição da memória do cálculo (art. 614, II, do CPC), já que esta execução não almeja soma em dinheiro, mas sim outra forma de prestação.

Não atendidos os requisitos da petição inicial, será o pleito rejeitado liminarmente, salvo se for possível a correção do defeito. Sendo isto viável, determinará o juiz a emenda à petição inicial no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento. Não sanado o defeito, a petição inicial será indeferida, extinguindo-se o processo. Suprido o vício, a petição inicial será recebida.

[1] Ver o volume 1 deste *Curso de processo civil* (*Teoria geral do processo*, cit., p. 117-120 e p. 269-273).

Recebida a inicial, há duas providências que o juiz deve adotar. Inicialmente, deverá fixar de imediato o valor dos honorários advocatícios a serem pagos pelo executado (art. 652-A do CPC). Em segundo lugar, deverá fixar multa periódica, como forma de induzir o devedor ao cumprimento imediato da obrigação (arts. 621, parágrafo único, e 645 do CPC).

A fixação imediata dos honorários só é prevista para a execução de créditos. Todavia, por ser esta verba também devida na execução de outras prestações, e porque o regime da execução de créditos é aplicável subsidiariamente aos outros procedimentos executivos, é evidente que também aqui esta providência deve ser adotada. Mais que isto: aqui também tem cabimento o previsto no parágrafo único do art. 652-A, que determina a redução dos honorários pela metade em caso de imediato cumprimento da obrigação. Esta redução serve de estímulo para o devedor cumprir imediata e voluntariamente a prestação.

A sanção premiativa da redução dos honorários convive com outra técnica de pressão psicológica, que é a multa coercitiva. No despacho inicial, o juiz deve impor ao executado a prestação devida, ameaçando-lhe com esta multa em caso de não cumprimento imediato da obrigação. A multa coercitiva já foi estudada, de modo que são dispensados maiores detalhes sobre sua fixação, sua efetivação e seu regime.[2] Recorde-se, de todo modo, que a sua função é compelir o devedor a adimplir e não puni-lo ou beneficiar o credor com um crédito que se soma à prestação devida. Para tanto, a multa deve ser imposta em valor realmente capaz de convencê-lo a adimplir, sendo natural, assim, que possa ser imposta em valor superior ao da própria prestação devida.

Não é correto supor que esta multa deve ser fixada em caráter módico. Ao contrário, o arbitramento da multa deve ser feito em parâmetro elevado – desproporcional ao valor da prestação exigida pelo credor –, exatamente para fazer com que o devedor opte pelo cumprimento da prestação e não pelo pagamento da multa.[3]

De toda sorte, a fixação inicial do valor da multa coercitiva não impede sua alteração posterior, nem o uso subsidiário das permissões contidas no art. 461, § 4.º, do CPC. Assim, a multa pode ser progressiva, pode ser aumentada ou diminuída no curso do processo e ainda pode, em que pese a redação dos arts. 621, parágrafo único, e 645 do CPC, ter por parâmetro outro termo que não apenas o "dia de atraso". De fato, a multa pode ser fixada para o caso de não cumprimento pontual, sendo devida em razão do simples inadimplemento no prazo estabelecido, como ainda por dia de atraso, hora de atraso, semana de atraso etc., tudo dependendo da espécie de prestação devida e da complexidade para a sua realização. Quando fixada para a hipótese de

[2] Ver, na parte introdutória do presente volume, o Capítulo 5, item Execução através de multa (5.4.1).

[3] Para mais informações sobre esta multa, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 393 e ss.; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 208 e ss.; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 192 e ss.; Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 350 e ss.

não cumprimento no prazo, deverá ser somada à outra multa por tempo de atraso, devendo as multas, neste caso, serem fixadas em valores proporcionais à necessidade de convencimento do devedor.

Também em função desta complexidade, prevê a lei que o juiz deva, ainda ao despachar a inicial, fixar o momento a partir do qual a multa é devida. Na verdade, a intenção da lei é autorizar o juiz a, segundo a necessidade do caso concreto, determinar um prazo razoável para o cumprimento espontâneo da prestação. Estabelecido este prazo para o adimplemento voluntário, sua extrapolação dará ensejo à incidência da multa.

Porém, nem sempre o juiz tem liberdade para fixar o prazo adequado à situação concreta. Na execução das obrigações de entrega de coisa, o legislador incumbiu-se desta tarefa, arbitrando o prazo de dez dias para o cumprimento voluntário (art. 621 do CPC). Portanto, apenas nos casos de prestações de fazer e de não fazer, o juiz poderá estabelecer a data limite para o cumprimento da obrigação, incidindo, a partir de então, a multa coercitiva. Todavia, pode ocorrer de a data já estar previamente fixada no título executivo. Neste caso, novamente exclui-se a possibilidade de o juiz tomar outro momento, devendo respeitar a vontade das partes (art. 632, *in fine*, do CPC).

Por outro lado, também pode suceder de o título – em relação a qualquer destas prestações[4] – já contemplar o valor da multa coercitiva devida, em caso de mora no adimplemento. Neste caso, o valor fixado pelas partes atuará como teto para a discricionariedade do juiz, que não poderá fixar a pena pecuniária *em valor superior* ao previsto no título. Poderá, entretanto, entendendo ser excessivo o valor tomado pelas partes, *reduzir o seu montante* a um parâmetro adequado (art. 645, parágrafo único, do CPC).

A par destas providências, também caberá ao juiz, ao receber a petição inicial, determinar a citação do requerido para os fins específicos de cada forma de execução, adiante estudados.

5.3 Prestações de fazer

Em relação às prestações de fazer, recebida a inicial e adotadas as providências acima apontadas, será o executado citado para, no prazo designado pelo juiz ou fixado no título, cumprir a obrigação (art. 632 do CPC).

Não satisfeita a prestação no prazo estipulado, o procedimento prossegue, conforme a espécie de prestação de fazer em questão, de duas formas distintas:

a) Tratando-se de prestação de fazer *infungível*, não há como suprir a omissão do devedor. Embora o credor possa insistir no uso da multa coercitiva, esta eventual-

[4] O CPC apenas alude à multa coercitiva prevista em título que impõe fazer ou não fazer. Todavia, o mesmo pode ocorrer no título que determina a entrega de coisa, de modo que o mesmo regime, por analogia, deve ser aplicado à execução desta prestação.

mente pode não ser capaz de convencer o devedor a adimplir. Porque o fato só pode ser prestado por ele, a não satisfação voluntária da prestação redunda na sua conversão em perdas e danos (arts. 638, e seu parágrafo único, do CPC e 247 do CC).

Haverá, então, a liquidação das perdas e danos – nos mesmos autos do processo de execução –, seguindo-se, a partir daí, a execução por quantia certa, nos moldes já examinados (art. 633, parágrafo único, do CPC).

b) No caso de prestação de fazer *fungível*, não cumprida a obrigação no prazo estipulado pelo título ou pelo juiz, poderá o credor requerer a realização da prestação por terceiro ou a sua conversão em perdas e danos.

Se o credor pedir a conversão da obrigação em perdas e danos, a prestação será transformada em seu equivalente pecuniário, realizando-se a sua liquidação e execução nos mesmos autos da execução inicialmente proposta (art. 633 do CPC). Segue-se, a partir daí, o regime comum do processo de execução por quantia certa.

Se o credor preferir que a prestação seja executada por terceiro, determinará o juiz que assim se proceda à custa do executado (art. 634 do CPC).[5] Esta opção sempre depende de requerimento expresso do exeqüente. Pleiteada esta forma de execução, o juiz, entendendo-a cabível, nomeará terceiro da sua confiança, que apresentará proposta para a realização do fato.[6] Havendo impugnação à proposta por qualquer das partes, deverá o juiz decidir a questão de plano. Ouvidas as partes e aprovada a proposta, dará o terceiro início à execução da prestação, cabendo ao credor antecipar as quantias necessárias (art. 634, parágrafo único, do CPC).

Concluída a prestação, o juiz ouvirá as partes no prazo de dez dias, as quais poderão apontar eventual defeito na realização da prestação. Não havendo qualquer alegação, o juiz dará por cumprida a obrigação. Caso contrário, decidirá imediatamente a impugnação (art. 635 do CPC). Nesta hipótese, não tendo o terceiro prestado o fato no prazo, ou havendo cumprimento incompleto ou defeituoso, poderá o credor pedir ao juiz, no prazo de dez dias, que o autorize a concluir ou a reparar o fato devido às expensas do terceiro (art. 636). Ouvido o terceiro em cinco dias, o juiz determinará a apuração do custo necessário para a conclusão ou para a reparação do fato, condenando o terceiro no respectivo valor (art. 636, parágrafo único, do CPC).

Ultimada a prestação, caberá ao credor cobrar do devedor as despesas que teve com a realização da prestação, realizando a liquidação e requerendo a execução por quantia certa, tudo nos mesmos autos originais.

Poderá ainda o credor, uma vez apresentada a proposta do terceiro, manifestar seu interesse em executar (ou mandar executar) a prestação do fato por sua própria

[5] Sobre a colaboração de terceiros na efetivação de prestações de fato, ver Sérgio Cruz Arenhart, A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, cit., p. 951-993.

[6] Em caso de urgência, poderá o credor realizar ou mandar realizar o fato, independentemente de autorização judicial, obtendo o direito de ser ressarcido das despesas que tiver (art. 249, parágrafo único, CC).

conta, desde que o faça em igualdade de condições com a proposta oferecida (art. 637 do CPC). Feito o pedido, no prazo de cinco dias contado da apresentação da proposta, o credor terá preferência sobre o terceiro (art. 637, parágrafo único, do CPC). Concluída a prestação, terá o credor execução por quantia certa contra o devedor, pelo valor das despesas havidas.

Quanto à defesa do executado, este poderá opor-se à execução por meio de embargos, que tramitarão segundo o mesmo regime acima estudado. Assim, poderá o devedor apresentar embargos à execução, alegando qualquer dos temas do art. 745 do CPC. Como é regra geral, os embargos não suspendem a execução, embora o juiz esteja autorizado a conferir-lhes efeito suspensivo, desde que presentes os requisitos do art. 739-A, § 1.º.

5.4 Prestações de não fazer

Do ponto de vista estrito, o Código de Processo Civil não oferece remédio específico para as prestações de não fazer previstas em títulos extrajudiciais. Na verdade, o regime disciplinado nos arts. 642 e 643 trata das *obrigações de desfazer*, que certamente não se confundem com as obrigações de não fazer.

As prestações de não fazer são, em sua própria essência, de cunho personalíssimo, e, portanto, infungíveis. A sua intenção será sempre a de impedir alguém de praticar certa conduta, não se concebendo a sub-rogação de terceiro. Em razão disto, é necessário dotar o sistema processual de técnicas executivas capazes de agir sobre a vontade do devedor de obrigação de não fazer contemplada em título extrajudicial. Porém, não é isto que faz o Código de Processo Civil ao tratar da execução das obrigações de não fazer. Ao contrário, a Seção (chamada *Da obrigação de não fazer*) que regula a execução das obrigações de não fazer, curiosamente, se ocupa de forma especial de prestação de fazer, certamente imaginando que a execução de obrigação de não fazer deve ser uma execução de obrigação de desfazer – que nada mais é do que uma obrigação de fazer.

Portanto, a única técnica executiva – disciplinada no sistema executivo relativo aos títulos extrajudiciais – capaz de permitir a execução das obrigações de não fazer é a multa coercitiva prevista no art. 645 do CPC.

Assim, ao receber a petição inicial, deverá o juiz imediatamente fixar a multa coercitiva. Note-se que o art. 645, embora preveja a aplicação da multa "na execução de obrigação de fazer e de não fazer, fundada em título extrajudicial", diz que "o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa *por dia de atraso no cumprimento* da obrigação e a data a partir da qual será devida". Ora, a multa por dia de atraso, tal como prevista no art. 645, além de ter sentido em relação às obrigações de fazer, é perfeitamente aplicável às obrigações de desfazer – logicamente que quando o desfazer ainda é possível –, mas não tem qualquer efetividade diante de obrigações de não fazer de caráter instantâneo, ainda que elas possam ser repetidas no tempo. Para se executar uma obrigação de não fazer de caráter instantâneo, a multa tem que ser definida em

valor fixo, para a eventualidade do inadimplemento. Ou melhor, a multa deve ser imposta com a finalidade de constranger o devedor a não praticar a conduta a que se absteve no título extrajudicial. A multa por dia *de atraso* revela, em si mesma, a aceitação do inadimplemento do não fazer e apenas a tentativa de constranger o devedor a desfazer o que não deveria ter feito.

De qualquer forma, como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5.°, XXXV, da CF) obriga o juiz a ver e a suprir a ausência de técnica executiva adequada, a interpretação do art. 645 permite a imposição de multa, de modo a constranger o devedor a cumprir obrigação de não fazer de natureza instantânea. Portanto, neste caso o devedor deve ser citado para não fazer, sob pena da incidência de uma única multa, cujo valor, fixado no momento da determinação da citação, deve ser capaz de convencê-lo a não fazer.

O mandado de citação deve conter a advertência de que a violação da obrigação de não fazer sujeitará o devedor à multa nele fixada, a par de outras medidas cabíveis, como o desfazimento de obra. Cumprida a ordem de abstenção, será o feito extinto. Note-se, porém, que o título executivo, além de conter prestação de não fazer de caráter instantâneo, pode prever prestação de não fazer de natureza continuada, ou prestações instantâneas de não fazer que se repetirão no tempo, como, por exemplo, o não exercício de atividade comercial no mesmo ramo de comércio do credor em determinada zona da cidade, ou a não utilização de determinado expediente em ocasiões previamente estabelecidas no contrato. Nestas duas últimas situações, enquanto for exigível a abstenção, não poderá o juiz extinguir a execução. Deverá, quando muito, determinar que os autos fiquem arquivados, aguardando a perda de objeto da execução.

Não cumprida a ordem de não fazer, de lado a incidência da multa, poderá o credor pedir ao juiz – se isto for viável – que determine ao executado que desfaça o que não deveria ter realizado. Descumprida esta outra decisão judicial, poderá o juiz determinar que o fato seja desfeito por terceiro à custa do devedor, seguindo-se o regime previsto para a execução das obrigações de fazer (arts. 643 do CPC e 251 do CC).[7] Sendo impossível o desfazimento, ou não havendo mais interesse do credor, a obrigação converter-se-á em perdas e danos, seguindo-se liquidação e execução nos mesmos autos, na forma prevista para a execução de quantia certa.

Também na execução de prestações de não fazer, o devedor poderá opor-se por meio de embargos à execução. Citado, terá o prazo de quinze dias para apresentá-los, observando-se o regime anteriormente estudado.

5.5 Prestações de entrega de coisa

Quanto ao tratamento dado às prestações de entrega de coisa, representados por título extrajudicial, importa saber, de início, se o bem a ser entregue é determinado

[7] Ver nota anterior.

ou não (certo ou incerto, na nomenclatura utilizada pelo CC e pelo CPC). Embora possa parecer preciosismo, importa deixar claro que a idéia de determinabilidade da coisa não se confunde com a de fungibilidade do bem.

Segundo o art. 85 do CC, são fungíveis os bens móveis que podem ser substituídos por outros, da mesma espécie, qualidade e quantidade. Há aí relação de equivalência econômica, de modo que qualquer dos bens pertencentes à mesma categoria é apto a satisfazer a prestação.[8] No caso de bens fungíveis, pouco importa o bem dado em pagamento, já que todos têm as mesmas características e o mesmo valor econômico.

Já a questão da determinação da coisa tem em vista sua delimitação a partir de um gênero e quantidade, de modo que, no presente ou no futuro, seja possível especificar com exatidão o bem devido.[9] Os bens determinados (certos) são, de antemão, individualizados para entrega como objeto da obrigação, enquanto os bens indeterminados são escolhidos ao tempo do adimplemento a partir de determinadas categorias, como o gênero e a quantidade. Os bens indeterminados (coisas incertas) possuem um valor médio, mas variável singularmente. Por isto mesmo, no caso de coisas determináveis, não poderá o devedor "dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor" (art. 244 do CC).

Melhor explicando: quando a coisa devida é fungível, não há motivo para individualizá-la, bastando ser entregue outra "da mesma espécie, qualidade e quantidade". Porém, a coisa incerta não pode ser *substituída por outra* "da mesma espécie, qualidade e quantidade", devendo ser *individualizada a partir* de uma quantidade, de um gênero e de determinada qualidade.

A caracterização da coisa como determinada ou indeterminada (certa ou incerta) traz reflexos no procedimento utilizado para a execução, especialmente porque, no segundo caso, há a necessidade de prévia especificação do bem a ser entregue.

a) Tratando-se de execução de entrega de *coisa certa* (determinada), o juiz poderá, ao receber a inicial, fixar multa coercitiva a fim de estimular o executado a cumprir a obrigação assumida (art. 621, parágrafo único, do CPC). A par disso, será o executado citado para que promova a entrega do bem no prazo de dez dias (art. 621 do CPC).

[8] "Bens fungíveis são aqueles que podem substituir-se uns aos outros nos pagamentos (*quae functionem in genere suo recicipiunt per solutionem*) ou mais geralmente: *res quarum una vice alterius fungitur*, que, portanto, têm entre si uma relação de equivalência" (Eduardo Espínola, *Sistema do direito civil brasileiro*, p. 490). "A fungibilidade é uma idéia de relação, é o resultado da comparação entre duas coisas, que se consideram equivalentes, como o dinheiro (...) os cereaes (...) os líquidos" (Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 282).

[9] "A fungibilidade não se confunde com a determinação da coisa pelo gênero e pela quantidade, a que se refere o art. 875 [do CC de 1916, equivalente ao atual art. 244, do CC], pois essa determinação não advém do tráfico, e sim de enunciados do negócio jurídico" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2. ed., t. II, p. 25).

Se o executado cumprir a obrigação, entregando o bem exigido, extingue-se a execução, não se cogitando da exigibilidade da multa. Mas a execução poderá prosseguir em relação a eventuais frutos e danos (art. 624 do CPC).

Também não há a incidência da multa coercitiva se o executado *depositar* a coisa. Embora o art. 622 afirme que "o devedor poderá *depositar* a coisa, em vez de *entregá-la*, quando quiser opor embargos", o sistema dos embargos do executado não mais exige o prévio depósito da coisa como condição para a sua admissibilidade, como evidencia o art. 736. Os embargos à execução não exigem o prévio depósito da coisa, mas o efeito suspensivo que, antes da Lei 11.382/2006, decorria automaticamente do seu recebimento, apenas pode ser requerido após o depósito da coisa. Em outras palavras: o depósito da coisa passou a ser condição para o pedido de outorga de efeito suspensivo aos embargos.

Estes embargos podem ser opostos no prazo de quinze dias, contado da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738 do CPC). Este prazo é independente do prazo de dez dias, dado ao executado para entregar ou depositar a coisa.

Salvo quando for atribuído efeito suspensivo aos embargos, o seu oferecimento não obsta o prosseguimento da execução. Assim como acontece em relação ao art. 622, o art. 623 visivelmente também necessita de interpretação que o acomode ao novo sistema executivo. O art. 623 diz que, "depositada a coisa, o exeqüente não poderá levantá-la antes do julgamento dos embargos". Porém, essa norma deve ser compatibilizada com as idéias de que o depósito da coisa não é mais condição de admissibilidade dos embargos e de que o recebimento dos embargos não mais suspende, automaticamente, a execução. O depósito da coisa é apenas condição para o executado requerer a atribuição de efeito suspensivo aos embargos, sem, contudo, *obrigar* o juiz a concedê-lo. A outorga deste efeito exige a presença dos requisitos delineados no art. 739-A, § 1.º – a relevância dos fundamentos dos embargos e a circunstância de o prosseguimento da execução manifestamente poder causar grave dano ao executado, de difícil ou incerta reparação.

Não sendo concedido efeito suspensivo aos embargos, será possível o levantamento da coisa que foi depositada. Lembre-se, aliás, que, mesmo concedido efeito suspensivo aos embargos, o exeqüente poderá prestar caução suficiente e idônea para requerer o levantamento da coisa.

Assim, poderá o exeqüente requerer a expedição de mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se trate de bem imóvel ou móvel, respectivamente (art. 625 do CPC). Alienada a coisa quando já litigiosa, o mandado será expedido contra o terceiro adquirente, que apenas será ouvido após depositá-la (art. 626 do CPC).

Quando a coisa não for entregue pelo devedor, tiver se deteriorado, desaparecido ou, estando em poder de terceiro adquirente, não for reclamada pelo credor, terá esse direito de receber valor em dinheiro equivalente ao da coisa, mais perdas e danos (art. 627 do CPC). Não sendo possível apurar o valor devido, poderá o juiz

arbitrá-lo por equidade ou determinar sua liquidação, nas formas regulares (art. 627, §§ 1.º e 2.º, c/c arts. 475-A a 475-H, do CPC). A liquidação e a execução destes valores ocorrerão no próprio processo original.

Embora o art. 626 afirme que, uma vez alienada a coisa quando litigiosa, "expedir-se-á mandado contra o terceiro adquirente", o art. 627 evidencia que o credor não é obrigado a requerer a expedição de mandado contra o terceiro adquirente, podendo optar por exigir do devedor o valor equivalente ao da coisa mais perdas e danos. Ou seja, o credor tem uma *opção* entre se voltar contra o terceiro adquirente ou contra o devedor, que obviamente não pode exigir que o credor se dirija contra o terceiro adquirente.

Por outro lado, diante do direito de retenção por benfeitorias, o devedor de boa-fé (ou o terceiro de boa-fé que esteja na posse do bem) só terá de entregar a coisa depois de indenizado das benfeitorias necessárias e úteis que houver realizado.[10] Por isso, é condição da execução – que não será iniciada sem a prova deste fato (art. 615, IV, do CPC) – a prévia liquidação das benfeitorias indenizáveis. Não promovida a liquidação (e o depósito, se necessário, do valor correspondente), pode o devedor alegar, em embargos à execução, direito de retenção por benfeitorias (art. 745, IV, do CPC).

O embargado pode alegar que o embargante deve ressarcimento por danos e frutos, pedindo a compensação deste valor com o das benfeitorias, cumprindo ao juiz nomear perito para a apuração dos respectivos valores (arts. 745, § 1.º, do CPC e 1.221 do CC). Havendo crédito em favor do devedor, o credor deverá depositar a diferença. Restando saldo em favor do credor, a importância poderá ser exigida nos mesmos autos da execução (art. 628 do CPC).[11] Efetuado o depósito da quantia devida pelas benfeitorias indenizáveis não compensadas – ou prestando caução suficiente para tanto –, poderá o credor ser imediatamente imitido na posse do bem (art. 745, § 2.º, do CPC), salvo quando houver sido invocado outro fundamento nos embargos à execução e, em razão dele, houver sido outorgado efeito suspensivo.

b) Quando a obrigação envolver a entrega de coisa incerta, deverá haver a prévia determinação do bem a ser entregue. Esta determinação pode competir ao credor ou ao devedor. Não havendo previsão no título, a escolha caberá ao devedor (art. 244 do CC).

---

[10] Terá ele direito a ser indenizado das benfeitorias necessárias, úteis e também das voluptuárias não levantadas, mas o direito de retenção só se exerce em relação às benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219, CC). Quanto ao possuidor de má-fé, embora tenha direito de ser indenizado das benfeitorias necessárias, não tem direito de retenção por qualquer das benfeitorias (art. 1.220, CC).

[11] Tem-se aqui exceção à proibição de cumulação de ações executivas que se processam por ritos diferentes (art. 573, CPC).

Se a escolha couber ao credor, este manifestará sua decisão na petição inicial, seguindo-se o procedimento acima estudado para a entrega de coisa certa (art. 629, segunda parte, do CPC). Citado o réu, terá ele o prazo de quarenta e oito horas para impugnar a escolha do autor e o prazo de dez dias para promover a entrega ou o depósito do bem. Apresentada impugnação à escolha do bem, caberá ao juiz decidir a questão de plano, ou, se necessário, após ouvir perito de sua confiança (art. 630 do CPC). Neste caso, enquanto pende de solução o problema da determinação do bem, ficará sobrestado o prazo de dez dias para o cumprimento da obrigação.

Se, porém, a determinação competir ao devedor, será ele citado para entregar o bem individualizado (art. 629, primeira parte, do CPC). Também aqui poderá o credor impugnar a escolha feita pelo devedor, no prazo de quarenta e oito horas contado da entrega ou do depósito do bem. Impugnada a eleição do bem, deverá o juiz decidir imediatamente a recusa, se necessário com apoio de perito de sua confiança.

Caso o sujeito a quem competia realizar a escolha não o faça na forma acima verificada, devolve-se à outra parte o direito de especificação do bem. Assim, se o credor deixa de fazer, na inicial, a indicação do bem, passará ao devedor o direito de escolha, que não poderá recair no pior (art. 244 do CC). Se o devedor deixar de exercer o seu direito de escolha, não entregando nem depositando o bem devido, terá o credor a possibilidade de escolhê-lo, sem que possa exigir o melhor (art. 244 do CC).

No mais, segue-se o regime da execução para entrega de coisa certa, com a observação de que a perda ou a deterioração da coisa, antes de efetuada a escolha, é irrelevante, mesmo quando oriunda de força maior ou caso fortuito (art. 246 do CC).

Bibliografia

ALBERTARIO, Emilio. Tema di classificazione delle azioni – Actiones *in rem* e actiones *in personam*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários ao art. 475-J. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1993.

ARENHART, Sérgio Cruz. A defesa do executado pela via recursal. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001.

_____. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

_____. As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. II.

_____; _____. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007 (*Curso de processo civil*, v. 2).

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: RT, 1995.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Da inexecução de alimentos e prisão do devedor*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Manual do processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da "execução" em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Notas sobre a extinção da execução. *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BETTI, Emilio. *La struttura dell'obligazione romana e il problema della sua genesi.* Milano: Giuffrè, 1955.

_____. *Teoria generale delle obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1953. v. 2.

BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* 5. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, s/d.

BOBBIO, Norberto. Scienza del diritto e analisi del linguaggio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1950.

_____. *Teoria della scienza giuridica.* Torino: Giappichelli, 1950.

BORGHESI, Domenico. L'anticipazione dell'esecuzione forzata nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1991.

BORRÈ, Giuseppe. *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare.* Napoli: Jovene, 1966.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares.* Buenos Aires: EBA, 1945.

_____. La condanna. *Opere giuridiche.* Napoli: Morano, 1972.

_____. La condanna "generica" ai danni. *Opere giuridiche.* Napoli: Morano, 1972.

_____. La cassazione civile. *Opere giuridiche.* Napoli: Morano, 1976. v. 6.

_____. La relatività del concetto di azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile,* 1939.

_____. La sentencia como acto de ejecución forzada. *Estudios sobre el proceso civil.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EBA, 1945.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanee.* Bologna: Il Mulino, 1994.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil – Les obligations.* Paris: Presses Universitaires de France, 1994. v. 4.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo.* Napoli: Morano, 1958.

_____. *Istituzioni del processo civile italiano.* Roma: Foro Italiano, 1956. v. 2.

_____. *Sistema de derecho procesal civil.* Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. v. 3.

_____. Titolo esecutivo. *Rivista di Diritto Processuale Civile,* 1931.

_____. Titolo esecutivo. *Studi di diritto processuale.* Padova: Cedam, 1939. v. 4.

_____. Titolo esecutivo e scienza del processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile,* I, Padova, Cedam, 1934.

CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza.* Milano: Giuffrè, 1979.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1974. v. 8.

_____. *Do procedimento de execução.* Atual. Stanley Martins Frasão e Peterson Venites Komel Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CENDON, Paolo. Le misure compulsorie a carattere pecuniario. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti.* Napoli: Jovene, 1989.

CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti.* Milano: Giuffrè, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. *Saggi di diritto processuale civile.* Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

_____. L'azione nel sistema dei diritti (1903). *Saggi di diritto processuale civile.* Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata. *Saggi di diritto processuale civile.* Milano: Giuffrè, 1993. v. 2.

_____. Sulla *perpetuatio iurisdictionis. Saggi di diritto processuale civile.* Roma: Foro Italiano, 1930.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile.* 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

COMPORTI, Marco. *Diritti reali in generale.* Milano: Giuffrè, 1980.

_____. Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo. *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli.* Napoli: Jovene, 1972.

CRISTOFARO, Marco de. Intervento. *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice – Atti del XXII Convegno Nazionale.* Milano: Giuffrè, 2001.

DENTI, Vittorio. Azione. *Enciclopedia Giuridica Treccani.* v. 4.

_____. *Flashes* su accertamento e condanna. *Rivista di Diritto Processuale,* Padova, Cedam, 1985.

_____. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1993.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti.* Milano: Giuffrè, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2004. t. IV.

DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review,* v. 56, New York, Cornell University Press.

DONDI, Angelo. *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile.* Padova: Cedam, 1985.

ERMAN, Peter. *Handkommentar zum Bürgelichen Gesetzbuch.* Münster: Aschendorf, 1993. v. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FERRONI, Lanfranco. *Obblighi di fare ed eseguibilità.* Publicazioni della Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 1983.

FLACH, Daisson. Comentários ao art. 475-A do CPC. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *A nova execução.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRIGNANI, Aldo. Azione. *Enciclopedia Guiridica Treccani.* v. 4.

_____. Azione in cessazione. *Novissimo Digesto Italiano,* appendice I, 1980.

_____. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del diritto.* v. 21.

_____. Inibitoria (azione). *Enciclopedia Giuridica Treccani.* v. 17.

_____. *L'injunction nella* common law *e l'inibitoria nel diritto italiano.* Milano: Giuffrè, 1974.

FURNO, Carlo. *La sospensione del processo esecutivo.* Milano: Giuffrè, 1956.

_____. *Teoría de la prueba legal.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

GARBAGNATI, Edoardo. Azione e interesse. *Jus,* 1955.

GIL-ROBLES, Álvaro. *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

GIORGIANNI, Michele. Tutela del creditore e tutela "reale". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1975.

GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. La tutela inhibitoria contra daños. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros,* 1999.

GORDO, Adolfo Perez. *La ejecución provisional en el proceso civil.* Barcelona: Bosch, 1973.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003.

_____. *Execução indireta.* São Paulo: RT, 1999.

LACERDA, Galeno. Execução de título extrajudicial e segurança do "juízo". *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques.* São Paulo: Saraiva, 1982.

LIBERTINI, Mario. La tutela civile inibitoria. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti.* Napoli: Jovene, 1989.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale Civile,* 1936.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Embargos do executado.* São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. *Rivista di Diritto Processuale,* I, Padova, Cedam, 1934.

_____. *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione.* Roma: Foro Italiano, 1931.

_____. *Manual de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

_____. *Manuale di diritto processuale civile.* Milano: Giuffrè, 1984. v. 1.

_____. *Processo de execução.* São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche. *Rivista di Diritto Processuale,* Padova, Cedam, 1980.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. La tutela civil inhibitoria. *La Ley,* 1995-C.

MADOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. *Revista de Direito Processual Civil,* v. 1, Genesis.

MALACHINI, Edson Ribas. *Questões sobre a execução e os embargos do devedor.* São Paulo: RT, 1980.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale.* Torino: UTET, 1981. v. 3.

_____. *L'azione esecutiva.* Milano: Giuffrè, 1955.

_____. *L'esecuzione forzata in forma specifica.* Milano: Giuffrè, 1953.

_____. L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro. *Rivista di Diritto Processuale,* Padova, Cedam, 1975.

_____. Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela.* 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência.* Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali. *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia.* Milano: Giuffrè, 2005. t. I.

_____. La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil. *Libro de ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal.* Lima: Universidad de Lima, 2002.

_____. La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil. *Revista Peruana de Derecho Procesal,* v. 6.

_____. La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos. *Revista de Derecho Procesal,* n. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

_____. *Novas linhas do processo civil.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Novidades sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo,* n. 69, São Paulo, RT, jan.-mar. 1993.

_____. O controle do poder executivo do juiz. *Revista de Direito Processual Civil,* v. 33, Genesis.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006 (*Curso de processo civil,* v. 1).

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado.* 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória.* São Paulo: RT, 1992.

_____. *Tutela inibitória.* 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. II.

_____; _____. *Processo de conhecimento.* 6. ed. São Paulo: RT, 2007 (*Curso de processo civil,* v. 2).

MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria.* Milano: Giuffrè, 1987.

MAUGERI, Maria Rosaria. *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria.* Milano: Giuffrè, 1997.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle.* Paris: Montchrestien, 1960. v. 3.

MAZZAMUTO, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare.* Napoli: Jovene, 1978.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da validade.* São Paulo: Saraiva, 2004.

MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition.* Stanford: Stanford University Press, 1985.

MICHELI, Gian Antonio. *Corso di diritto processuale civile.* Milano: Giuffrè, 1959. v. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Coimbra: Coimbra, 1983. t. II.

MITIDIERO, Daniel. Comentários aos arts. 466-A, 466-B e 466-C do CPC. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *A nova execução.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Notas sobre liquidação de sentença. *Revista de Processo,* v. 44, São Paulo, RT, out.-dez. 1983.

MONTELEONE, Girolamo. Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata. *Rivista di Diritto Processuale,* Padova, Cedam, 1982.

_____. Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti.* Napoli: Jovene, 1989.

MONTESANO, Luigi. *Condanna civile e tutela dei diritti.* Napoli: Jovene, 1965.

_____. *Condanna civile e tutela esecutiva.* Napoli: Jovene, 1965.

_____. Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1995.

NICOLAU, Noemi Lidia. La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. *La Ley,* 1996-A.

ORESTANO, Ricardo. Azione in generale. *Enciclopedia del diritto,* 1959.

PEREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil.* Barcelona: Atelier, 2002.

PEYRANO, Jorge Walter. La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual. *Revista de Direito Processual Civil,* v. 29, Genesis.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967.* São Paulo: RT, 1968. t. V.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. IX.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. X.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XIII.

_____. *Tratado das ações.* São Paulo: RT, 1970. t. I.

_____. *Tratado de direito privado.* 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. II.

_____. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV.

_____. *Tratado de direito privado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. IX.

_____. *Tratado de direito privado.* 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI.

POZZA, Pedro Luiz. Comentários ao art. 475-P do CPC. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *A nova execução.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla giustizia civile.* Bari: Cacucci, 1982.

_____. Appunti sulla tutela sommaria. *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi.* Napoli: Jovene, 1979.

_____. *L'attuazione dei provvedimenti di condanna.* Roma: Foro Italiano, 1988.

RAPISARDA, Cristina. Inibitoria. *Digesto delle discipline privatistiche.* v. 9.

_____. *Profili della tutela civile inibitoria.* Padova: Cedam, 1987.

_____; TARUFFO, Michele. Inibitoria. *Enciclopedia Giuridica Treccani.* v. 17.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular.* São Paulo: Malheiros, 2000.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht.* 15. ed. München: Verlag C. H. Beck, 1993.

RÜBMANN, Helmut. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.* Darmstadt: Luchtenhand, 1980.

SATTA, Salvatore. *L'esecuzione forzata.* 3. ed. Turim: UTET, 1954.

_____. L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti. *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti.* Padova: Cedam, 1950. v. 2.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo.* São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas.* Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória.* Coimbra: Almedina, 1987.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil.* São Paulo: RT, 2000. v. 2.

_____. *Jurisdição e execução.* São Paulo: RT, 1996.

_____. Sentença condenatória na Lei 11.232. *Revista Jurídica,* v. 345.

SILVESTRI, Elisabetta. Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare. *Rivista di Diritto Civile,* 1988.

_____; TARUFFO, Michele. Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive). *Enciclopedia Giuridica Treccani.* v. 13.

TARELLO, Giovanni. Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* 1967.

TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Rivista Critica del Diritto Privato,* 1986.

TARZIA, Giuseppe. Presente e futuro delle misure coercitive civili. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1981.

THEODORO JR., Humberto. *Fraude contra credores.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Processo de execução.* São Paulo: LEUD, 1983.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza.* Padova: Cedam, 1983.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione.* Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo,* v. 66, São Paulo, RT, abr.-jun. 1992.

_____. *Tempo e processo.* São Paulo: RT, 1997.

TUNC, André. Obligations et contrats spéciaux. *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1960.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de sentença.* 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 8.

Índice Alfabético-Remissivo

Os números referem-se aos itens

O

P

R

S

T

Obras dos Autores

Luiz Guilherme Marinoni

Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. São Paulo: RT, 2007.

Abuso de defensa y parte incontrovertida de la demanda. Lima: Ara, 2007.

Antecipação da tutela. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

Comentários ao Código de Processo Civil: Do processo de conhecimento – Arts. 332 a 341. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. I (com Sérgio Cruz Arenhart; coord. Ovídio A. Baptista da Silva).

Comentários ao Código de Processo Civil: Do processo de conhecimento – Arts. 342 a 443. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. II (com Sérgio Cruz Arenhart; coord. Ovídio A. Baptista da Silva).

Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Palestra, 2007.

Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Fabris, 1994 (esgotado).

Execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008 (com Sérgio Cruz Arenhart). (*Curso de processo civil*, v. 3.)

Novas linhas do processo civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000 (esgotado).

Processo cautelar. São Paulo: RT, 2008 (com Sérgio Cruz Arenhart). (*Curso de processo civil*, v. 4.)

Processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008 (com Sérgio Cruz Arenhart). (*Curso de processo civil*, v. 2.)

Questões do novo direito processual civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 1999 (esgotado).

Repercussão geral no recurso extraordinário. São Paulo: RT, 2007 (com Daniel Mitidiero).

Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004.

Teoria geral do processo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. (*Curso de processo civil*, v. 1.)

Tutela anticipada. Lima: Ara, 2007.

Tutela antecipatória e julgamento antecipado – Parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002 (esgotado).

Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: RT, 1992 (esgotado).

Tutela específica – Arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2001 (esgotado).

Tutela inibitória – Individual e coletiva. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

Sérgio Cruz Arenhart

A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: RT, 2000 (*Coleção Temas de Direito Processual Civil*, v. 2).

Comentários ao Código de Processo Civil: Do processo de conhecimento – Arts. 332 a 341. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. I (com Luiz Guilherme Marinoni; coord. Ovídio A. Baptista da Silva).

Comentários ao Código de Processo Civil: Do processo de conhecimento – Arts. 342 a 443. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. II (com Luiz Guilherme Marinoni; coord. Ovídio A. Baptista da Silva).

Execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008 (com Luiz Guilherme Marinoni). (*Curso de processo civil*, v. 3.)

Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003 (*Coleção Temas de Direito Processual Civil*, v. 6).

Processo cautelar. São Paulo: RT, 2008 (com Luiz Guilherme Marinoni). (*Curso de processo civil*, v. 4.)

Processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008 (com Luiz Guilherme Marinoni). (*Curso de processo civil*, v. 2.)